



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

CASO VLADIMIR HERZOG VS. BRASIL

CONTESTAÇÃO

NOVEMBRO DE 2016

SUMÁRIO

I. APRESENTAÇÃO	6
II. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	8
II.1. Os fatos relativos ao caso.....	8
II.1.1. Procedimentos de investigação da verdade sobre a morte de Vladimir Herzog durante o regime militar	9
II.1.2. Advento da Nova República e novos procedimentos de investigação da verdade sobre a morte de Vladimir Herzog	12
II.1.3. A decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil de que o instituto da anistia é compatível com a Constituição Federal.....	39
II.1.4. Estado brasileiro reconhece que agentes públicos foram responsáveis pela morte e tortura de Vladimir Herzog.....	39
II.1.5. Medidas adotadas pelo Estado brasileiro para reparar a violação ao direito à vida e à integridade pessoal de Vladimir Herzog.....	40
II.2. Definição dos limites da lide.....	42
III. EXCEÇÕES PRELIMINARES	43
III.1. Incompetência <i>ratione temporis</i> quanto aos fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição desta Corte para analisar supostas violações à CADH (10 de dezembro de 1998).....	43
III.2. Incompetência <i>ratione temporis</i> quanto aos fatos anteriores à adesão à CADH pelo Estado brasileiro (25 de setembro de 1992)	54
III.3. Incompetência <i>ratione materiae</i> para analisar supostas violações aos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.....	55
III.4. Incompetência <i>ratione temporis</i> quanto aos fatos anteriores à entrada em vigor da CIPPT para o Estado brasileiro (19 de agosto de 1989).....	58
III.5. Inobservância do prazo de submissão de petição junto à CIDH quanto às supostas violações aos arts. 8.1 e 25 da CADH e ao art. 8º da CIPPT	59
III.5.1. Sobre o instituto.....	59
III.5.2. Do termo <i>a quo</i> para o cômputo do prazo para fins de admissibilidade: da necessidade de controle de legalidade pela Corte IDH do juízo da CIDH quanto à aferição desse prazo.....	60
III.6. Não interposição de recursos internos para obtenção de reparação pecuniária por supostas violações aos arts. 8º e 25 da CADH e reparações de qualquer natureza quanto à violação do art. 5.1 da CADH.....	70
III.6.1. Sobre a compreensão do requisito	70
III.6.2. Sobre as situações que dispensam a interposição de recursos internos ou seu esgotamento	74
III.6.3. Não houve interposição de qualquer recurso interno para obtenção de reparação pecuniária por danos morais e materiais adicionais ao já pago administrativamente ou para acesso a informação sob a guarda de órgão do Estado	75

III.7. Incompetência <i>ratione materiae</i> para revisão de decisões internas quanto às supostas violações dos arts. 8º e 25 da CADH	82
III.7.1. Quanto às supostas violações aos arts. 8º e 25 da CADH	82
III.7.2. Quanto à violação ao art. 5.1 da CADH decorrente da morte e tortura de Vladimir Herzog	86
III.8. Incompetência <i>ratione materiae</i> para análise de fatos distintos daqueles submetidos pela CIDH	89
III.9. Inconvencionalidade da decisão da CIDH de publicar seu relatório preliminar de mérito e submeter o caso a esta Corte: violação aos artigos 50 e 51 da CADH e necessidade de retirada do relatório do <i>site</i> da CIDH	91
IV. MÉRITO.....	95
IV.1. O Estado brasileiro reconhece violação ao artigo 5.1 da CADH em desfavor das vítimas parentes de Vladimir Herzog, em razão da morte e tortura praticadas por agentes públicos, e adotou certas medidas para reparar tal violação.....	95
IV.2. A distinção entre os direitos à garantia judicial e à proteção judicial nos artigos 8.1 e 25.1 da CADH, em conexão com seus artigos 1.1 e 2.....	96
IV.3. Os fatos não caracterizam, sequer em tese, violação ao artigo 8.1 da CADH e ao artigo 8º da CIPPT	103
IV.4. Os fatos não caracterizam violação ao artigo 25.1 da CADH.....	105
IV.4.1. As peças de informação nº 2008.61.81.013434-2 não caracterizam violação ao artigo 25.1 da CADH no âmbito criminal	106
IV.4.2. O processo 2008.61.00.011414-5 não caracteriza violação ao artigo 25 no âmbito cível	135
IV.5. Os fatos não caracterizam violação aos artigos 5º e 13 da CADH, em prejuízo de Vladimir Herzog, por ausência de persecução penal, ou seja, em relação aos artigos 1.1, 8º e 25 da CADH e dos artigos 1º, 6º e 8º da CIPPT.....	142
IV.6. Os fatos não caracterizam violação aos artigos 5º, 8º, 13 e 25 em relação ao art. 1.1 da CADH, por suposta violação do direito à verdade	144
IV.7. Os fatos não caracterizam violação ao artigo 5º em relação ao art. 1.1 da CADH, em relação aos familiares de Herzog, por suposta denegação da verdade e ausência de persecução penal.....	147
IV.7.1. A suposta falta de proteção judicial não caracteriza violação ao art. 5º da CADH	148
IV.7.2. A suposta denegação da verdade não caracteriza violação ao art. 5º da CADH	150
V. REPARAÇÕES	153
IV.1. Sobre a compreensão geral das reparações autorizadas pela CADH	153
IV.2. Sobre as chamadas medidas de não repetição	158
IV.3. O Estado tem direito de exercer margem nacional de apreciação à luz do artigo 2º da Convenção Americana.....	165
IV.4. Medidas reparatórias adotadas pelo Estado brasileiro quanto a Vladimir Herzog e seus familiares	172

V.4.1. Reconhecimento doméstico de responsabilidade, medidas de satisfação e reparação compensatória	172
V.4.2. Aportes da Comissão Nacional da Verdade no Caso Vladimir Herzog	174
V.5. Não cabe condenação à adoção de certas medidas de reparação na proporção sugerida pelas vítimas: a suficiência da indenização paga pelo Estado em razão dos danos morais e materiais a Vladimir Herzog.....	175
V.6. Não cabe condenação à adoção de medidas relativas à prolação de decisões judiciais: seria inadequada condenação a julgamento dos responsáveis pela prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog por eventual condenação por violação ao art. 25 da CADH.....	179
V.7. Não cabe condenação à adoção de iniciativas relativas a reformas legislativas...	180
V.7.1. Condenação para que o Estado brasileiro obrigue seus Estados federados a aprovar lei que confira autonomia aos órgãos de perícia criminal, a conferir-lhes recursos humanos e administrativos e a obrigá-los a adotar protocolo de diligência para produção de provas violaria a Cláusula Federal da CADH (art. 28.2) e, alternativamente, a margem nacional de apreciação de políticas públicas	180
V.7.2. Da inadequação e da desnecessidade de condenação para que o Estado brasileiro aprove lei para atribuir imprescritibilidade ao crime de tortura	183
V.8. Da desnecessidade de condenação para adoção de políticas de efetivação do direito à memória e à verdade: o marco normativo e as políticas públicas de memória e verdade no Brasil.....	184
V.8.1. Comissão Nacional da Verdade.....	185
V.8.2. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos.....	187
V.8.3. Comissão de Anistia	188
V.8.4. Iniciativas de educação em direitos humanos no âmbito da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania.....	193
V.9. Da desnecessidade de condenação para adoção de medidas de combate à impunidade nos crimes de tortura: o marco normativo e as políticas públicas de prevenção e combate à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes no Brasil.....	198
V.9.1. Estrutura legal.....	199
V.9.2. Primeiras ações de prevenção e combate à tortura	202
V.9.3. Implementação da Lei 12.847/2013	208
V.9.4. Ações para prevenção e combate à tortura	217
V.10. Da desnecessidade de condenação para fortalecimento do Programa Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos e para determinar a adaptação para inclusão de comunicadores.....	220
V.11. Da desnecessidade de condenação para publicização de documentos oficiais...	225
V.11.1. A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011)	225
V.11.2. Impossibilidade e inadequação de condenação à adoção de medidas adicionais de qualquer natureza para divulgação de documentos	226

V.12. Não cabe condenação a adoção de outras iniciativas relativas a medidas administrativas.....	227
V.12.1. Da desnecessidade de condenação ao fortalecimento de medidas de proteção a testemunhas	227
V.12.2. Não há relação entre a pretensa reparação de responsabilização de agentes por suposto ilícito de destruição de documentos oficiais e de reconstituição de documentos e o presente caso.....	229
V.12.3. Da desnecessidade de condenação para publicação da sentença em jornais de grande circulação.....	230
V.12.4. Seria desnecessária condenação a pedido de desculpas nos termos requeridos pelo EPAP	230
V.12.5. Condenação para criação do “Museu da Imprensa Vladimir Herzog” violaria a margem nacional de apreciação de políticas de memória e verdade	231
V.13. Seria inadequada condenação a reembolso de custas e honorários advocatícios nos valores sugeridas pelas vítimas.....	232
VI. PEDIDOS	234

I. APRESENTAÇÃO

1. Em 10 de julho de 2009, o Centro Pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos (FIdDH), o Centro Santo Dias de Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo e o Grupo Tortura Nunca Mais de São Paulo (doravante, "os peticionários" ou "as organizações peticionárias") apresentaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante, "CIDH", "Comissão Interamericana" ou "Comissão") petição em face da República Federativa do Brasil (doravante, "Estado brasileiro", "Estado" ou "Brasil"), relatando a ocorrência de supostas violações aos artigos I, IV, VII, XVIII, XXI, XXII e XXV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; dos artigos 1º, 2º, 5º, 8º, 13 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e dos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura.

2. Por meio do Relatório de Admissibilidade nº 80/2012, de 8 de novembro de 2012, a Comissão Interamericana declarou a petição admissível com respeito à suposta violação dos direitos protegidos nos artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa), IV (direito de liberdade de investigação, opinião, expressão e difusão), XVIII (direito à justiça) e XXV (direito de proteção contra prisão arbitrária) da Declaração Americana, artigos 5.1 (direito à integridade pessoal), 8.1 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana, em conexão com os artigos 1.1 e 2º do mesmo instrumento, e artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Por outro lado, declarou a petição inadmissível no que diz respeito ao artigo XXVI (direito a processo regular) da Declaração Americana.

3. O Estado brasileiro apresentou observações adicionais quanto ao mérito do presente caso em agosto de 2015. Em 28 de outubro de 2015, adveio o Relatório Preliminar de Mérito nº. 71/15. Nas conclusões desse Relatório, a CIDH relacionou todas as supostas violações de direitos humanos cometidas no caso em análise, a saber:

249. Em conformidade com as considerações de fato e de direito vertidas no presente relatório de mérito, a Comissão conclui que o Estado brasileiro é responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos I, IV, VII, XVIII, XXII e XXV da Declaração Americana e dos direitos consagrados nos artigos 5.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em conexão com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. A Comissão também concluiu que o Estado é

responsável pela violação dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

4. Em virtude das conclusões acima, a CIDH apresentou as seguintes recomendações ao Estado brasileiro:

1. Determinar, na jurisdição de direito comum, a responsabilidade criminal pela prisão arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, por meio de uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos nos termos do devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis por tais violações e puni-los penalmente; e publicar os resultados dessa investigação. No cumprimento da presente recomendação, o Estado deverá considerar que tais crimes de lesa-humanidade são inaniistáveis e imprescritíveis.

2. Adotar todas as medidas necessárias para garantir que a Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia) e outras disposições do direito penal, como a prescrição, a coisa julgada e os princípios da irretroatividade e do *non bis in idem*, não continuem representando (sic) um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos, a exemplo do presente caso.

3. Outorgar uma reparação aos familiares de Vladimir Herzog, que inclua o tratamento físico e psicológico, e a celebração de atos de importância simbólica que garantam a não repetição dos crimes cometidos no presente caso e o reconhecimento da responsabilidade do Estado pela prisão arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, e pela dor de seus familiares.

4. Reparar adequadamente as violações de direitos humanos declaradas no presente relatório, tanto no aspecto material, quanto moral.

5. Em 22 de dezembro de 2015, a CIDH informou ao Estado a aprovação do Relatório nº. 71/15 e solicitou que o Estado informasse sobre as medidas adotadas para dar cumprimento às recomendações apontadas e solucionar a situação denunciada. Em 18 de fevereiro e 18 de abril de 2016, o Estado brasileiro apresentou relatórios de cumprimento das recomendações constantes no referido relatório de mérito.

6. Em 5 de maio de 2016, a Secretaria Executiva da CIDH publicou o Comunicado de Imprensa 61/16, fazendo referência à apresentação do caso 12.879 (Vladimir Herzog e outros) à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

7. Em 10 de fevereiro de 2016, as organizações peticionárias manifestaram-se favoravelmente à apresentação do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, ressaltando que os familiares da vítima compartilhavam dessa decisão. Outrossim,

apresentaram os fundamentos em que se basearam para considerar que o caso deveria ser encaminhado à Corte, sintetizados nos seguintes pontos: a) a natureza e a gravidade das violações; b) a necessidade de desenvolver ou esclarecer a jurisprudência do sistema; e c) o efeito eventual da decisão nos ordenamentos jurídicos dos Estados membros. Por fim, manifestaram-se pela produção de provas.

8. Em 13 de setembro de 2016, o Estado brasileiro recebeu o Escrito de Petições, Argumentos e Provas (EPAP), no qual figura como representante das vítimas do caso a organização peticionária CEJIL e seus representantes designados (doravante, "a organização peticionária" ou "os representantes").

II. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

II.1. Os fatos relativos ao caso

9. Assim como já feito no âmbito interno e também perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Estado esclarece, de início, que reconhece as violações perpetradas contra Vladimir Herzog, que, em 25 de outubro de 1975, foi preso arbitrariamente, torturado e morto nas dependências do Destacamento de Operações de Informação do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército de São Paulo (DOI/CODI/SP).

10. Permanece inalterada a ausência de controvérsia sobre os principais fatos alegados que envolvem a morte de Vladimir Herzog, constatação que se espera seja avaliada por essa Honorável Corte Interamericana no momento de considerar a necessidade de realização de audiência pública e eventual produção de provas adicionais. Com efeito, como os próprios representantes reconhecem, a morte de Vladimir Herzog foi um dos episódios mais divulgados e documentados do período do regime militar no Brasil¹, e essa Corte tem entendido reiteradamente, por vezes com referência ao conceito de *civil law* hispânico "*sana critica*", que possui autoridade para determinar com maior latitude a admissão e avaliação de provas e que a carga probatória é menos formal em um processo judicial internacional que em âmbito doméstico.

¹ CEJIL. Caso Vladimir Herzog e outros Vs. Brasil. *Escrito de Petições, Argumentos e Provas*, 16 ago. 2016, p. 72.

11. A partir de seu reconhecimento, o Estado pretende demonstrar, a seguir, que esses fatos e os que aconteceram nos anos seguintes, em especial até 1979, **estão ligados a um contexto diferente do vivido atualmente e que, após o processo de redemocratização, é possível constatar mudanças significativas na realidade do país, que não tem mais espaço para episódios tão tristes e lamentáveis como os que aconteceram com Vladimir Herzog** e que, em consequência, vitimaram sua família.

II.1.1. Procedimentos de investigação da verdade sobre a morte de Vladimir Herzog durante o regime militar

12. Com a observação preliminar de que a prisão arbitrária, a tortura e morte da vítima direta do caso e os atos de investigação, processamento e julgamento daí decorrentes antes de 10 de dezembro de 1998 **estão fora da competência temporal dessa Honorável Corte**, o Estado passa a discorrer sobre os procedimentos judiciais que foram deflagrados ainda durante o regime militar.

II.1.1.a. Inquérito Penal Militar de 1975

13. Por meio da Portaria nº 03-SJ, de 30 de outubro de 1975, o General Comandante do II Exército determinou a instauração de inquérito policial militar, destinado a apurar “as circunstâncias em que ocorreu o suicídio do jornalista Vladimir Herzog, nas dependências do Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército”.

14. Instaurado o inquérito, a conclusão nele obtida foi a de que “a morte de Vladimir Herzog ocorreu por voluntário suicídio, por enforcamento, não havendo, destarte, sido apurado qualquer crime previsto no Código Penal Militar, nem transgressão disciplinar prevista nos Regulamentos Militares”, corroborando a versão oficial da época.

15. O Estado reconhece que o inquérito policial militar não pode ser tido como uma tentativa válida de investigação dos fatos e tampouco seria hábil a atender à obrigação de investigar, processar e punir. Relembra, todavia, que esses fatos

aconteceram ainda no período do regime militar e que estão fora da competência temporal dessa Egrégia Corte.

II.1.1.b. Ação Declaratória em 1976

16. Em 20 de agosto de 1976, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog ajuizaram ação declaratória com o objetivo de verem declarada a responsabilidade da União pela prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog, pedindo a declaração da existência de relação jurídica obrigacional indenizatória entre eles e a União.

17. Ao julgar o feito, o magistrado responsável proferiu sentença na qual discorre de forma detalhada sobre a responsabilidade estatal e analisa cuidadosamente as provas presentes nos autos.

18. A partir dessa análise, a sentença apresenta conclusões como a de ter sido Vladimir Herzog preso arbitrariamente:

Só por isso, parece insofismável que Vladimir Herzog, ao morrer, encontrava-se detido nas dependências do DOI/CODI do II Exército e trancafiado numa cela.

E outras provas vêm ainda conformar tal conclusão.

[...]

Ora, do que expusemos verifica-se que se Vladimir Herzog foi encontrado morto numa cela especial, dotada de porta metálica e de dispositivo de segurança, trajando roupa diversa da qual se apresentou à dependência militar, qual seja, macacão verde; se em tal dependência existia carcereiro; se o próprio relatório do encarregado do inquérito policial militar utiliza-se de expressões significativas de detenção; se o médico que prestou assistência ao DOI/CODI para ali se dirigia para medicar “presos”; se em tal dependência existia carcereiro; se toda prova dos autos, sem exclusão de qualquer, indica que a detenção ocorreu, só havendo em contrário a mera alegação do Sr. Consultor Jurídico do Ministério do Exército, é forçoso concluir que Vladimir Herzog estava preso nas dependências do DOI/CODI do II Exército e faleceu nessas condições.

Porém há mais.

Pelo que consta destes autos, Vladimir Herzog estava preso ilegalmente.

[...]

Êsse direito individual, tão comezinho que originariamente conquistado quando da promulgação da Magna Carta de 1215, “... afirma a segurança pessoal. Salvaguarda a liberdade física do homem. Proscreeve o arbítrio ...” (cf. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários À Constituição Brasileira”, Ed. Saraiva, 1977, vol. 3, pag. 92).

Daí porque curialmente não admite exceções, mesmo que se trate de indiciamento em crime conta a Segurança Nacional.

[...]

De tudo isso se vê que a prova dos autos abundante e convergentemente confirma tanto a ocorrência da prisão de Vladimir Herzog, como a ilegalidade dela.

Ora, a partir do momento em que o marido e pai dos As. foi ilegalmente preso nas dependências do DOI/CODI do II Exército, é isento de dúvidas que a União Federal assumiu a responsabilidade pela sua integridade física e moral, responsabilidade que inclusive decorre de imposição constitucional prevista, como “direito individual”, no artigo 153, § 14, da Lei Magna:

[...]

19. Diante da conclusão acima, prossegue o magistrado afirmando que, em tais circunstâncias, a União tinha o dever de zelar pela integridade física e moral de Herzog:

Mas o que importa é que, estando Vladimir Herzog preso nas dependências do II Exército, a União Federal assumiu o dever legal de zelar pela sua integridade física e moral, dever esse a ser entendido em concepção ampla, vale dizer: cumpria à União Federal zelar pela integridade física de seu encarcerado contra atos ou omissões dos próprios agentes policiais, de terceiros ou mesmo do próprio detento.

[...]

20. Faz isso para, em seguida, constatar, com base nos elementos de prova dos autos, a prática dos crimes de abuso de autoridade e de tortura e, considerando que tais provas eram novas, pois não constavam do inquérito policial militar, o magistrado assim dispôs:

Compete a este Juízo, assim, em cumprimento ao dispositivo legal citado, remeter ao Ministério Público pelas dos presentes autos, para que o “parquet” competente na qualidade de “dominus litis”, tome as providências legais cabíveis.

21. Por fim, após concluir pela possibilidade jurídica de indenização por danos materiais e morais, a parte dispositiva da sentença é redigida da seguinte forma:

Pelo exposto, julgo presente a ação PROCEDENTE e o faço para, nos termos do artigo 4º. Inciso I, do Código de Processo Civil, declarar a existência de relação jurídica entre os As. e a R., consistente na obrigação desta indenizar aqueles pelos danos materiais e morais decorrentes da morte do jornalista Vladimir Herzog, marido e pai dos As., ficando a R. condenada em honorários advocatícios que, a teor do artigo 20, § 4º, do mesmo diploma legal, fixo em Cr50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros).

Determino, outrossim, com fundamento no artigo 40 do Código de Processo Penal, sejam extraídas e remetidas ao Sr. Procurador Geral da Justiça Militar, para as providências legais que couberem, cópias autenticadas pela Secretaria, desta sentença e de todos os depoimentos das testemunhas ouvidas por este Juízo.

22. A União recorreu dessa sentença, em 17 de novembro de 1978, mas o recurso foi provido apenas em parte, para declarar a existência da relação jurídica entre autores e ré, consistente na obrigação desta indenizar aqueles danos decorrentes da morte do jornalista, sendo que a especificação de tais danos deveria ser objeto de ação de indenização, se desejada pelos autores.

23. Opostos embargos infringentes, o Tribunal, por maioria, julgou prejudicada a matéria preliminar e, no mérito, por unanimidade, rejeitou o recurso da União em 18 de maio de 1994.

24. Em vista do exposto, restou assentado o entendimento do Juiz Federal que reconheceu a relação jurídica entre União e os Autores consistente na obrigação de indenização por danos morais e materiais e ressaltou que as provas apresentadas demonstraram a prática do delito de abuso de autoridade e torturas contra Vladimir. Além disso, o Juiz indicou que as provas referentes à causa da morte de Herzog, apresentadas pelo laudo de exame de corpo de delito e o posterior exame complementar feito durante o Inquérito Policial Militar, não tinham eficácia e que a morte por causa não natural era incontroversa, bem como afirmou que a prisão do jornalista tinha sido ilegal pela falta de menção a qualquer mandato de prisão, autoridade competente para sua expedição e comunicação de prisão ao juiz competente.

II.1.2. Advento da Nova República e novos procedimentos de investigação da verdade sobre a morte de Vladimir Herzog

25. O Estado compreende que a análise do presente caso deve ser feita em conjunto com a verificação dos diferentes momentos pelos quais o país passou nas últimas décadas, migrando de um regime militar para uma democracia.

26. A Constituição de 5 de outubro de 1988, fruto do trabalho de uma assembleia constituinte formada por 559 parlamentares, é um marco desse processo de redemocratização. Já seu artigo 1º consigna entre os fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. O artigo 5º trouxe um rol de direitos individuais entre os quais se inseriu, por exemplo, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (inciso III) e que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (inciso IV). No que se refere aos direitos políticos, a Constituição de 1988 traz de volta as eleições diretas, estabelecendo, em seu artigo 14, que a “soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”. Esses dispositivos são apenas alguns exemplos que demonstram o novo rumo do Estado brasileiro após a Constituição de 1988.

27. No que interessa ao presente caso, merece destaque também a edição, alguns anos depois de promulgada a Constituição Federal, da Lei n. 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e, entre outras providências, reconheceu como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988.

28. Os trabalhos da Comissão Especial e demais relatos dos envolvidos na morte de Vladimir Herzog, publicados a partir da promulgação da Constituição, deflagraram novos procedimentos de investigação, como detalhado no próximo item.

29. Como é do conhecimento desse Tribunal, pela leitura dos relatórios de cumprimento da sentença no caso "Guerrilha do Araguaia", ainda no contexto de evolução do Estado Democrático de Direito incluem-se o próprio reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem gerado frutos valiosos na busca da plena concretização dos direitos protegidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos; a realização de reparações de caráter satisfativo, como pedidos de desculpa, reconhecimento das violações e inúmeros atos de promoção do direito à

memória e à verdade com relação às violações sofridas por Vladimir Herzog e outras vítimas da época do regime militar; o pagamento de indenizações aos familiares de vítimas fatais; amplas reformas como garantias de não repetição, inclusive no que diz respeito ao combate à tortura; entre outras formas de reparação.

30. Passa-se, dessa forma, a expor as principais ações relativas ao caso após o período de redemocratização.

II.1.2.a. Inquérito Criminal da Justiça de São Paulo em 1992

31. Ainda fora da competência temporal dessa ilustre Corte, o Inquérito Policial instaurado em 1992 com o objetivo de apuração do homicídio de Vladimir Herzog deve ser compreendido como um claro sinal da mudança de cenário na realidade brasileira, que possibilitou o surgimento de esforços válidos no sentido de busca da verdade e da justiça. Digno de nota é o fato de que, a partir da Constituição de 1988, a Justiça Militar Federal deixa de ter competência para apurar fatos como os do presente caso, o que permite a retomada das investigações na Justiça Comum, diante da existência de fatos novos, nos termos expostos a seguir.

32. Em 1992, a revista “Isto é, Senhor” publicou reportagem a respeito da morte de Vladimir Herzog, que contou com entrevista de Pedro Antonio Mira Grancieri com o título “Eu, Capitão Ramiro, interroguei Herzog”, em que o investigador assumia a responsabilidade pelo interrogatório do jornalista. Na referida reportagem, publicada em 25 de março de 1992, Mira Grancieri relatou que foi “[o] único policial que interrogou [V]ladimir Herzog no DOI-CODI, o único a conversar com ele naquele dia. Ninguém está mais forte e diretamente envolvido na morte de Herzog do que eu”. Essa publicação deu ensejo à representação do Deputado Federal Hélio Bicudo, em 27 de abril de 1992, ao Ministério Público, que assim se manifestou:

1. Trata-se de representação formulada pelo Senhor Deputado Federal Hélio Bicudo, solicitando que se determine “a abertura de inquérito policial para apurar as responsabilidades de Pedro Antônio Mira Grancieri, também conhecido por Capitão Ramiro, no homicídio do jornalista Wladimir Herzog, em dependência do chamado DOI-CODI, à Rua Tutóia 921, no dia 25 de outubro de 1975...”.

O autor da representação junta documentação relativa ao assunto.

2. Inicialmente deve-se registrar que os fatos que se quer apurar se deram na área de competência territorial do 1º Tribunal do Júri da Capital e, por consequência, de atribuição desta Promotoria de Justiça.

A matéria objeto da representação também é de competência do mencionado Tribunal do Júri e de atribuição desta promotoria.

Os fatos se deram há 17 anos aproximadamente, não havendo decorrido o maior prazo prescricional em tese aplicável (20 anos – art. 109, I, do Código Penal).

A Justiça Militar Federal, havida como competente para apuração dos fatos à época de sua ocorrência, não o é mais, em face da Constituição de 1988.

A pessoa cuja responsabilidade se quer apurar, segundo constam era funcionária pública estadual à época dos fatos.

Assim sendo, havendo notícia da existência de prova nova e estando os fatos na atribuição desta Promotoria, decido acolher a representação e determinar a abertura de inquérito policial.

Eventual aplicação ou não da chamada “Lei de Anistia” só poderá ser apreciada após o completo esclarecimento dos fatos.

Esta Promotoria ficará atenta à eventual apuração de circunstâncias que poderiam deslocar a competência para a Justiça Federal comum, apreciando-se tal questão, se for o caso, ao final.

Após a distribuição do inquérito policial no 1º Tribunal do Júri, a atribuição para funcionar no feito será fixada pelo critério em vigor nesta Promotoria.

33. Assim, o Ministério Público solicitou, em 4 de maio de 1992, a instauração de inquérito policial para apuração dos fatos que envolviam a morte de Vladimir Herzog.

34. Na oportunidade, o Ministério Público requisitou a realização das seguintes diligências: 1 – solicitar à Justiça Militar Federal de São Paulo a remessa dos autos relativos à apuração da morte de Vladimir Herzog; 2 – juntar aos autos cópia integral da ficha funcional de Pedro Antônio Mira Grancieri, que foi servidor policial civil do Estado; 3 – ouvir o depoimento dos jornalistas Antônio Carlos Prado e Luiz Fernando Sá, da revista “Isto é, Senhor”; 4 – ouvir o depoimento de George Duque Estrada, Rodolfo Konder, Ivan Seixas, Maria Amélia de Almeida Teles e Ladislau Dawber; 5 – ouvir o depoimento do advogado Henrique Buzzoni Filho; 6 – ouvir o depoimento de Pedro Antonio Mira Grancieri e submetê-lo a reconhecimento pessoal por parte das testemunhas citadas nos itens 4 e 5; 7 – oficial ao canal 4, SBT, solicitando a fita de vídeo que contenha gravação do “Programa Goulart de Andrade”, que foi ao ar na data

de 3 de maio de 1992, de madrugada; 8 – solicitar à Secretaria de Cultura do Estado informação sobre a existência de ficha em nome de Vladimir Herzog e remessa de sua cópia, caso existente; 9 – oficiar à Justiça Federal Comum de São Paulo, solicitando a remessa de cópia dos autos da ação movida por Clarice Herzog contra a União; 10 – oficiar à revista “Isto é, Senhor” solicitando a remessa de um exemplar daquele periódico de nº 1173, de 25/3/92.

35. O representante do Ministério Público registrou, ainda, possuir interesse em acompanhar diretamente as diligências e solicitou que as datas e horários fossem previamente científicas à Promotoria.

36. Posteriormente, em 11 de maio de 1992, o Promotor de Justiça requisitou a oitiva de mais testemunhas: Anthony Jorge Andrade Christe, Gildásio Westin Cosensa, Luiz Wejs, Paulo Sérgio Markun e Sérgio Gomes da Silva. Requisitou, ainda, que Pedro Antonio Mira Grancieri fosse submetido a reconhecimento pessoal por parte dessas testemunhas.

37. Em 25 de maio de 1992, Clarice Herzog, representada por seu advogado, peticionou nos autos do inquérito para esclarecer que pretendia acompanhar as investigações que se realizavam para a cabal identificação do responsável, ou responsáveis, pela morte de seu marido, ocorrida em 25 de outubro de 1975, inclusive propondo provas, conforme assegurado pela legislação processual.

38. Em 28 de maio de 1992, Clarice Herzog foi ouvida pela Polícia Civil de São Paulo, no âmbito do inquérito policial. No mesmo dia, Maria Amélia de Almeida Teles e Ivan Akselrud de Seixas também foram ouvidos.

39. Em 29 de maio de 1992, a Comissão de Direitos Humanos da OAB de São Paulo enviou telegrama designando advogado para acompanhar o inquérito.

40. Em 3 de junho de 1992, foram ouvidas as testemunhas Osvaldo Konder e George Benigno Jathay Duque Estrada, testemunhas importantes no Inquérito Policial Militar de 1975, os quais estiveram presos nas dependências do DOI/CODI à época da detenção de Vladimir Herzog e que tiveram contatos com o jornalista ao longo do dia de sua morte. Na oportunidade, reconheceram a participação do Capitão Ramiro – Pedro

Antônio Mira Grancieri – no interrogatório de Vladimir Herzog e o seu possível envolvimento na tortura e assassinato do jornalista.

41. Em 9 de junho de 1992, foi a vez de serem ouvidas, pela Polícia Civil de São Paulo, as testemunhas Antônio Carlos Prado Ribeiro e Luiz Fernando Passo Correia de Sá. Em 23 de junho de 1992, foram ouvidos Luiz Wejs e Anthony Jorge Andrade Christo. Após, em 30 de junho de 1992, ouviu-se Paulo Sérgio Markun. Em 24 de julho de 1992, foi realizada oitiva de Henrique D’aragona Buzzoni. No mesmo dia, foram colhidas declarações de Antonio Saito, que havia integrado a OBAN (Operação Bandeirantes) e que, naquela data, se encontrava preso.

42. Além da oitiva de testemunhas, inúmeras foram as diligências realizadas no inquérito em questão, como requisição de cópias de documentos e fotografias.

43. Foi justamente em razão do prosseguimento da investigação e da tentativa de intimação de Pedro Antonio Mira Grancieri para que depusesse e fosse submetido a reconhecimento pessoal, que foi impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo com o intuito de trancar o inquérito policial. Alegou-se, na oportunidade, coação ilegal e justo receio de indiciamento. Foram apontados como autoridades coatoras o Juiz da 1ª Vara do Júri de São Paulo, o Promotor de Justiça e o Delegado de Polícia.

44. No curso do processo de *habeas corpus*, o Juiz da 1ª Vara do Júri de São Paulo prestou informações ao Tribunal de Justiça de São Paulo, nas quais esclareceu:

1. Em 04 de maio de 1992 o Dr. Promotor de Justiça, atendendo representação formulada pelo Deputado Federal Hélio Pereira Bicudo, requisitou à Autoridade Policial a “instauração de inquérito policial a fim de que sejam esclarecidos os fatos apontados na representação bem como seja apurada a responsabilidade de Pedro Antonio Mira Grancieri”. Requereu na mesma ocasião várias diligências, e, encaminhou vários documentos, relativos à morte de Vladimir Herzog.

2. Naquele mesmo dia a D. Autoridade Policial determinou a instauração de inquérito policial que recebeu o nº 487/92 (nesta Vara registrado sob nº 704/92).

3. Depois disso, em 11 de maio de 1992, os autos foram remetidos ao D.H.P.P., por determinação do Sr. Delegado Geral de Polícia (fls. 826, cópia em anexo), onde as investigações tiveram início.

4. Os autos foram distribuídos a esta Vara em 02 de junho de 1992 e, no dia 11 seguinte, proferi despacho concedendo à Autoridade Policial mais 60 dias para o término das investigações. Os autos foram remetidos ao D.H.P.P. onde permaneceram até ontem, quando os solicitei para prestar estas informações.

5. Pelo que se depreende dos autos, até a presente data ninguém foi indiciado e, a simples investigação criminal não caracteriza constrangimento ilegal, sem se esquecer do que dispõe o art. 18 do Código de Processo Penal. Ademais, somente após a conclusão das investigações este juízo terá condições de apreciar eventual pedido de remessa dos autos à Justiça Militar.

45. Igualmente prestaram informações as demais autoridades apontadas como coatoras. O Promotor de Justiça manifestou-se no seguinte sentido:

Em 27 de abril de 1992, o Exmo. Sr. Dr. Hélio Bicudo, Deputado Federal, firmou uma representação enviando-a a esta Promotoria de Justiça, dando conta de reportagem publicada na revista “Isto é, Senhor”, em edição do dia 25 de março de 1992 (...), que indicava o impetrante como sendo o único inquiridor do jornalista Herzog durante a sua permanência no DOI-CODI, em 25 de outubro de 1975, r que culminou com sua morte. A mesma matéria jornalística noticiava que por sentença da lavra do Sr. Dr. Márcio José de Moraes, Juiz Federal, em ação movida pela esposa e filhos da vítima, a União havia sido condenada, por sua morte. Nessa mesma r. decisão haveria menção de que o laudo do I.M.L., assinado pelo legista (...) era ineficaz para provar a tese de suicídio (...).

De posse desses documentos foi solicitada a instauração de inquérito policial para a apuração dos fatos tendo em vista que:

- a) Houve o evento morte;
- b) O fato ocorreu na área de jurisdição do 1º Tribunal do Júri da Capital;
- c) Por imposição Constitucional, a competência para apuração deixou de ser da Justiça Militar Federal;
- d) Não houve, em abstrato, a ocorrência da prescrição e
- e) Foram apresentados fatos novos, nos exatos termos do art. 18 do Código de Processo Penal.

3. Na fundamentação do ato de acolhimento da representação (...), seu subscritor ressaltou que somente ao final do procedimento investigatório poder-se-á verificar (...) competência da Justiça Federal ou aplicabilidade da Lei 6.683/79.

(...)

46. A medida liminar requerida no *habeas corpus* foi indeferida em decisão de 31 de agosto de 1992.

47. Em 3 de setembro de 1992, o Procurador de Justiça proferiu parecer pela denegação da ordem, todavia, em julgamento ocorrido em 13 de outubro de 1992, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu acórdão concedendo a ordem para determinar o trancamento do Inquérito Policial n. 487/92 da Primeira Delegacia de Divisão de Homicídios.

48. Assim constou da fundamentação do acórdão:

Não compete à Justiça Militar o exame dos fatos. Se era à época, por legislação então reinante, deixou de o ser face à Constituição em vigor. O art. 124, “caput”, da Carta Magna reza competir à Justiça Militar “processar e julgar os crimes militares definidos em lei”. Não sendo o paciente militar nem o fato a ele irrogado configurar crime militar, falece competência à Justiça Castrense para conhecer da causa. Rejeitam, pois, tal arguição.

Em vista da estarrecedora reportagem publicada na Revista “Isto é Senhor”, de 25 de março de 1992, sob o título: “Eu, Capitão Ramiro, interroguei Herzog” requisitou o Promotor de Justiça a reabertura do inquérito policial para a apuração dos fatos veiculados, atendendo a missiva que lhe fora endereçada pelo Deputado Federal por São Paulo, pelo Partido dos Trabalhadores, Hélio Pereira Bicudo.

Nesta reportagem o paciente que usava o codinome “Capitão Ramiro” admite ter sido a pessoa encarregada do interrogatório de Wladimir Herzog, o Vlado, falecido nas dependências do DOI-CODI de São Paulo. Admitiu ser um “expert” na “arte de interrogar”, sabendo quebrar a resistência de qualquer pessoa, por mais relutante e preparada que fosse, afora conhecer tudo “sobre asfixia por ação mecânica”, “causa mortis” oficial daquele jornalista.

Desta forma, plenamente justificada a reabertura de investigação, por ocorrência de fato novo e superveniente, fruto daquela edição semanal. Ficou bem delineada sua vinculação, forte e direta, na morte de Vlado, cuja versão oficial, de suicídio, já bem rechaçada pelo Poder Judiciário em brilhante e memorável sentença do Magistrado DR. MÁRCIO JOSÉ DE MORAES (cf. fls. ...).

Possível, pois, seria a investigação dos fatos, já que o anterior arquivamento, como é cediço, não fez coisa julgada. Não poderia mesmo fazer por não encerrar decisão definitiva de mérito, não abordado, nem mesmo fulminado de forma indireta. O “meritum causae” não foi objeto de decisão alguma pela Justiça Castrense.

Mas, por outro lado, justifica a concessão de ordem, para determinar o trancamento do inquérito policial. É que o delito pelo paciente praticado, ou provavelmente por ele praticado, está acobertado por causa extintiva de punibilidade.

A Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, que concedeu anistia em seu art. 1º dispõe: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979,

cometeram crimes políticos ou conexos com estes”... E, o parágrafo primeiro deixou assente que “consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

Ora, o fato ao paciente imputado, indubitavelmente, situa-se no período referido no “caput” do art. 1º e configura crime conexo ao crime político ou por motivação política praticado.

“Interrogou” o jornalista Vlado, na qualidade de policial civil, à época investigador de polícia, hoje Delegado aposentado, prestando serviços ao DOI-CODI, na atividade de combate à subversão. O jornalista fora conduzido àquela dependência sob suspeita de vinculação com o Partido Comunista, à época proscrito, e acabou por ali morrer.

Motivação política portanto no proceder do paciente, sem dúvida alguma. Pois, “crimes políticos, consoante HUNGRIA, são os dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais. Não há distinguir entre ‘crime político’ e ‘crime social, pois a sua objetividade jurídica vem a ser a mesma, ou seja, a ‘ordem política; que compreende, incontestavelmente, não só a específica organização do Estado, como a estrutural organização social, de que o Estado é fiador e sustentáculo” (in Comentários ao Código Penal, Forense, Rio de Janeiro, 1ª Edição, 1949, vol. I, pág. 165/166).

A anistia é instituto que visa à pacificação dos espíritos tumultuados e abrange os crimes políticos, regra geral, e, na espécie, por disposição legal, aos com ele conexos ou “praticados por motivação política” (par. 1º, art. 1º do Decreto-lei n. 6.683/79). Etimologicamente significa esquecimento, com o qual procura-se passar a limpo o passado, apagando-o por completo, embora sempre permaneça a dor de uma perda, como no caso em exame, a família do morto e a memória pública.

AURELINO LEAL diz que “anistia é o esquecimento jurídico de uma ou mais infrações”: ‘lex oblivionis quam groeci amnestia vocant’ (in Prática da Constituição Federal, 1925, vol. I, pág. 752), ou, nas palavras de CARLOS MAXIMILIANO, “anistia é um ato de poder soberano que cobre com o véu do olvido certas infrações criminais, e, em consequência, impede ou extingue os processos respectivos e torna de nenhum efeito penal as condenações” (in Comentários à Constituição Brasileira, 1954, vol. I, pág. 155).

Nem se argumente, como faz com brilho o Ilustre Procurador de Justiça oficiante, com a exceção contida no par. 2º da Lei de Anistia, por configurar, em tese, crime praticado em “atentado pessoal”.

Tal regra não incide à causa em exame. Dispõe que: “Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”.

Primeiro porque não se pode falar em condenado, como é óbvio. A investigação está em seu liminar e í é de morrer em nome da “pacificação dos espíritos tumultuados”. Ao depois porque tem ela, a anistia, “caráter real e impessoal” pois visa extinguir a punibilidade em relação a determinados fatos e a um número indeterminado de

peessoas, consoante HUNGRIA (Novas Questões Jurídico-Penais, pág. 108) e, como adverte PONTES DE MIRANDA, deve a lei de anistia ser aplicada com o intérprete dando ao texto legal “a interpretação mais ampla que seja possível” (Comentários à Constituição Federal, 1947, vol. I, págs. 276/277).

Desta forma a exceção à regra geral de anistia, que por ser exceção já deve ser interpretada restritivamente, não pode excluir sua aplicação no caso vertente, pena de violar regra de hermenêutica e a lição do provector PONTES DE MIRANDA há pouco citada.

A lei de Anistia, no “caput” de seu art. 1º, concedeu a todos quantos, no período por ele mencionado, tenham praticado crime político ou com este conexo, excetuando-se apenas os condenados por crimes de terrorismos, assalto, sequestro e atentado pessoal (par. 2º). Quanto à exceção há de se entender por condenados somente aqueles contra os quais pesa sentença condenatória transitada em julgado; pena de violar afrontosamente o texto legal. Só não é possível estender o benefício da anistia às pessoas definitivamente condenadas por aqueles crimes.

Nesse sentido assentou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, toda no sentido de concedê-la nos processos pendentes, excluindo-a apenas quando acobertada a condenação por sentença transitada em julgado, nos casos de crimes exceptuados pelo par. 2º, do art. 1º, da Lei n. 6.683/79. Confirma neste sentido julgados insertos na Revista Trimestral de Jurisprudência, 93/939, Rel. Min. THOMPSON FLORES, 91/46 e 91/418, ambos do Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, 92/83, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA e 75/995, “HABEAS CORPUS” N. 131.798-2/2 – SÃO PAULO, Rel. Min. SOARES MUÑOZ.

Também a posição de GUALTER GODINHO, Ministro do Supremo Tribunal Militar em artigo publicado na Revista do Supremo Tribunal Militar (vol. 6º, pág. 69/73), intitulado “Considerações sobre o Projeto de Anistia Política”. Conclui sua Excelência que: “1 – os condenados pela prática dos crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 31 de dezembro de 1978, entre os quais se incluem os ex-banidos, estão excluídos do benefício de anistia” (fl. 72).

Desta forma, está o paciente acobertado e protegido pela anistia, não se justificando o prosseguimento de investigação policial requisitada.

Ante o exposto, concedem a ordem para determinar o trancamento do inquérito policial instaurado a respeito (Inquérito Policial n. 487/92, vítima Wladimir Herzog, de Divisão de Homicídios, Primeira Delegacia, Equipe “D”). Comunique-se.

49. Em face dessa decisão, o Ministério Público interpôs recurso especial alegando que o *habeas corpus* não seria meio idôneo para obter o trancamento de inquérito policial, eis que a investigação de fatos possivelmente criminosos não constitui constrangimento ilegal, não se justificando, outrossim, a antecipação do exame dos elementos de prova obtidos para o cerceamento à obtenção de outros, por meio do

writ. Subindo os autos ao Superior Tribunal de Justiça, a Quinta Turma, em julgamento realizado em 18 de agosto de 1993, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL PENAL. "CRIMES POLITICOS OU CONEXOS COM ESTES" (LEI 6.683/79, ART. 1.). REABERTURA DE INQUERITO POLICIAL. TRANCAMENTO POR VIA DE *HABEAS CORPUS*.

- CABIMENTO. NÃO SE CONHECE DO RECURSO ESPECIAL CARENTE DO PREQUESTIONAMENTO DA MATERIA SEQUER VENTILADA NA DECISÃO; OU QUANDO AO CASO NÃO VEM, POR FALTA DE SEMELHANÇA DAS HIPOTÉSES, OS PRECEDENTES COLACIONADOS A TÍTULO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE OS PRESTÍTIOS DO *HABEAS CORPUS* PARA TRANCAMENTO DE INQUERITO POLICIAL.

(REsp 33.782/SP, Rel. Ministro JOSÉ DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/1993, DJ 30/08/1993, p. 17307).

50. Com isso, a decisão concessiva da ordem de *habeas corpus* para fins de trancamento do inquérito policial que investigava a morte de Vladimir Herzog transitou em julgado.

II.1.2.b. Tentativa de reabertura de investigação criminal no âmbito do MPF em 2008

51. Em 21 de novembro de 2007, o Professor Fábio Konder Comparato protocolizou, na Procuradoria da República no Estado de São Paulo, uma representação na qual constam as seguintes considerações:

[...]

5 – É fato notório que, durante o regime político inaugurado com o golpe militar de 1964, agentes públicos das diferentes unidades da federação, notadamente da União Federal, praticaram abusos e atos criminosos contra opositores políticos ao regime, em violação ao princípio da segurança pessoal.

[...]

6 – Encerrado o regime militar, competia às autoridades públicas do novo Estado de Direito, instituído com a Constituição Federal de 1988, exercer o dever fundamental de agir contra aos responsáveis por tais desmandos.

Tal, porém, não ocorreu.

[...]

Dessa omissão culposa do Estado em agir penalmente contra os agentes públicos que cometeram tais crimes, resultou a ocorrência de prescrição, salvo no que tange ao crime de ocultação de cadáver (Código Penal, art. 211), em razão do seu caráter permanente.

[...]

Por outro lado, o Estado brasileiro, invocando a ideia de “conciliação e pacificação nacional”, decidiu reconhecer às vítimas ou seus herdeiros, nas hipóteses referidas no inciso anterior, tanto no art. 10, § 3º da Lei n. 9.140, de 4 de dezembro de 1995, com a redação dada pela Lei n. 10.875, de 1º de junho de 2004, quanto na Lei n. 10.559, de 13 de novembro de 2002 (art. 1º, inciso II).

O reconhecimento desse direito a indenização, nos casos especificados pelas citadas leis, implicou, inquestionavelmente, o reconhecimento oficial de uma responsabilidade civil do Estado. A esse título, **já foram despendidas pela União Federal (e também por alguns Estados federados) elevadas somas pecuniárias. Mas, até hoje, nenhuma ação regressiva foi intentada contra os agentes ou funcionários causadores dos danos assim ressarcidos com dinheiro público.**

7 – A Constituição Federal em vigor é explícita: [...]

Lamentavelmente, a doutrina jurídica nacional não tem salientado que a propositura dessa ação de regresso contra o agente público causador do dano é um dever do Estado. [...]

Ora, até hoje, ao que se saiba, nenhuma medida judicial foi tomada para fazer cumprir esse mandamento constitucional.

É por essas razões que o signatário toma a liberdade de apresentar a presente representação, confiante em que o Ministério Público Federal saberá tomar as medidas cabíveis, a fim de cumprir a sua função superior de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (grifo nosso)

52. Como se verifica, o objeto da representação era a ausência de ajuizamento, pela União, de ações de direito de regresso em face dos autores dos danos que ensejaram o pagamento de reparações nos termos da Lei nº. 9.140, de 4 de dezembro de 1995, com a redação dada pela Lei nº. 10.875, de 1º de junho de 2004, e da Lei nº. 10.559, de 13 de novembro de 2002. Esse objeto foi contemplado com a propositura, pelo Ministério Público Federal, da Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5.

53. **A citada representação não se circunscrevia ao caso de Vladimir Herzog e tampouco possuía fins penais, ao contrário, ela reconhecia expressamente a impossibilidade de apuração penal em razão da ocorrência de prescrição.** Ainda

assim, por adotar entendimento jurídico diverso, a Procuradora da República destinatária da representação encaminhou o documento por ofício, em 5 de março de 2008, ao Coordenador da Divisão de Procedimentos Extrajudiciais Criminais, acompanhado de parecer de lavra do Procurador Regional da República Marlon Weichert, no qual este asseverava que “o assassinato de VLADIMIR HERZOG é um dos casos para os quais se impõe a imediata persecução penal”. Ao final do ofício requereram que fosse determinada a autuação e distribuição a um dos Procuradores da República com atribuição criminal. Referido expediente foi, então, distribuído, em 11 de março de 2008.

54. Distribuído o expediente, o Procurador da República com atuação criminal não chegou a solicitar a instauração de inquérito, pois, após estudo do caso, vislumbrou a existência de óbice para tanto, **qual seja, a existência de coisa julgada material em relação ao inquérito de 1992**. Assim, no lugar de determinar as providências necessárias para a persecução penal, o Procurador elaborou promoção de arquivamento do expediente (Anexo 1 – cópia da promoção de arquivamento das peças de informação nº 2008.61.81.013434-2), que iniciava da seguinte forma:

Trata-se de peças informativas distribuídas a este signatário com pedido da Exma. Sra. Procuradora da República Dra. Eugênia Augusta Gonzaga Fávero e do Exmo. Sr. Procurador Regional da República Dr. Marlon Alberto Weichert de início de persecução penal com relação a suposto delito de homicídio praticado contra Vladimir Herzog em 25 de outubro de 1975.

O pedido vem embasado em substancial parecer do Dr. Marlon Alberto Weichert, que traz uma série de considerações, as quais, adotadas de modo conjugado, possibilitariam o início da referida persecução penal, não obstante tratar-se de ilícito ocorrido há mais de trinta anos.

55. Após análise das razões apresentadas no parecer do Procurador Regional da República Marlon Alberto Weichert, a promoção de arquivamento esclarece: que o delito em exame é o de homicídio doloso, atualmente de competência do Tribunal do Júri, consoante artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, da Constituição da República, e que a competência para exame do caso é da Justiça Federal e, portanto, da 1ª Vara Criminal Federal de São Paulo.

56. Em seguida, o Procurador da República examina a figura da coisa julgada material, para concluir que a promoção de arquivamento no âmbito da Justiça Militar

Federal, acolhida em 1976 pelo Juiz Auditor da 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar, não fez coisa julgada, uma vez que se tratava de arquivamento por falta de provas, o qual permite a reabertura das investigações, tanto nos termos do Código de Processo Penal Comum (artigo 18), quanto sob a ótica do Código de Processo Penal Militar (artigo 25). Já em relação ao inquérito de 1992, a conclusão foi a de que haveria coisa julgada material por ter sido trancado em virtude de causa extintiva de punibilidade denominada anistia, em decisão da qual não cabia mais recurso.

57. Ainda sobre esse ponto, o Procurador da República tem o cuidado de verificar se a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, favorável ao réu, poderia produzir coisa julgada material mesmo se considerado que a competência para o feito seria da Justiça Federal. E a conclusão foi positiva:

A resposta a essa questão há de ser positiva, não se admitindo nova abertura da mesma investigação. O problema, na verdade, resume-se no conflito entre norma constitucional que prevê competência e norma constitucional que estabelece a inviolabilidade da coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição brasileira de 1998). Esta última, sem dúvida, possui mais pujante força, por se tratar de garantia individual fundamental, alçada, inclusive, ao elevado patamar de cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição da República). Nesse contexto, e em se tratando de coisa julgada material em favor do investigado, não se pode senão considerá-la prevalente e válida, malgrado a incompetência exposta.

58. Ainda que o ponto acima fosse suficiente para justificar o pedido de arquivamento das peças informativas, o Procurador da República não se furta à consideração das demais questões levantadas no parecer a ele remetido. Dessa forma, passa à análise do instituto da anistia, para concluir que “o crime ora em comento não teve sua punibilidade extinta pela anistia” (item 4.2 da promoção de arquivamento). O próximo ponto objeto de análise é a prescrição, a respeito do qual consta:

Superada a questão da extinção da punibilidade pela anistia, cumpre agora examinar a prescrição, problema bem mais complexo.

[...]

5.1 Da caracterização do crime contra a humanidade e de sua função jurídica

De acordo com o minudentemente exposto no parecer, crime contra a humanidade, na conceituação corrente no Direito Internacional Público, constitui qualquer prática desumana, ainda que considerada individualmente, contra a população civil, no âmbito de uma

perseguição contínua e sistemática por motivos políticos, raciais ou religiosos, dentre outros similares.

[...]

Sem maiores dificuldades, é possível concluir que o homicídio de Vladimir Herzog preenche todas as características dos chamados crimes contra a humanidade, como tal podendo perfeitamente ser caracterizado. Com efeito, o homicídio decorreu da prática desumana da tortura, sendo cometido em tempo de paz contra civil num ambiente político de inequívoca repressão a todos aqueles que manifestassem ideais políticos contrários à manutenção da ditadura militar.

Cumprir observar, neste passo, que, em que pese a configuração do crime contra humanidade, em nenhum momento os membros do Ministério Público Federal que solicitaram o início da persecução penal para apurar delito cometido contra Vladimir Herzog cogitaram da possibilidade de se tratar do delito apenas como crime contra a humanidade, sem considerar tipificação penal de direito interno. Ao contrário, sempre se considerou que a responsabilização penal seria por homicídio, até porque o crime contra humanidade é uma conceituação de caráter geral e não possui indicação de pena específica.

Assim, o que se nota, com clareza, é que a ideia de crime contra humanidade utilizada no parecer tem a função jurídica precípua de integrar o conteúdo de possível norma consuetudinária internacional que estabeleceria a imprescritibilidade para tal tipo de delito.

Para que se possa, contudo, analisar a real existência dessa norma e, sobretudo, verificar se ela é aplicável no Âmbito do ordenamento jurídico pátrio, há que partir, agora, para o ponto mais delicado desta promoção, que consiste no exame das relações entre o Direito Interno dos Estados e o Direito Internacional Público, tema dos mais belos e instigantes de toda a ciência jurídica.

5.2 Do monismo e do dualismo

Duas exposições teóricas básicas procuram explicar as relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional Público. São conhecidas, basicamente, por teoria monista e teoria dualista.

[...]

Feita essa contextualização, fica clara a opção pelo dualismo, corrente teórica que efetivamente parece a este signatário a mais correta, em que pese a existência de um grande número de autores adeptos do monismo.

Observa-se, entretanto, que a adoção do dualismo não impede que normas oriundas da ordem jurídica internacional sejam aplicadas por um órgão específico que atue no âmbito de uma ordem jurídica interna, órgão esse que também pode aplicar normas jurídicas de outra ordem jurídica interna.

Isso pode se dar basicamente por duas formas: por processo de internalização e por meio de remissão. A internalização consiste na aprovação, por órgão legislativo ou administrativo de uma ordem jurídica, de norma cujo conteúdo foi elaborado no contexto de uma outra ordem jurídica, passando, então, a vigor como se norma de Direito Interno fosse. É o caso típico dos tratados e convenções internacionais, criados pelo relacionamento entre Estados no âmbito do Direito Internacional Público, e posteriormente internalizados no ordenamento dos países que a eles aderiram. [...]

A jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal já enfrentou de algum modo essas questões. Mesmo que nem sempre tratando diretamente do tema monismo/dualismo sob enfoque teórico, o STF sempre admitiu, com tranquilidade, a supremacia da Constituição brasileira no ordenamento pátrio, a ele cabendo estipular como se aplicam no Brasil as normas internacionais.

[...]

5.3 Da inexistência de incompatibilidade lógica entre decisão de órgão interno e eventual descumprimento de obrigação internacional

[...]

Argumenta o parecer que, se não adotada a tese de imprescritibilidade dos crimes contra humanidade pelo Poder Judiciário brasileiro, poderá o Brasil sofrer uma condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, indicando jurisprudência desta em tal sentido em casos análogos.

Entende este signatário que o Pacto de São José da Costa Rica, adotado pelo Brasil após a Constituição de 1988, não estabeleceu claramente nenhuma hipótese de imprescritibilidade para o passado. E nem se diga que não seria o caso de retroagir a imprescritibilidade até 1975, mas sim de aplicá-la após a adoção do Pacto, pois prescrição é tema de direito material.

[...]

5.4 Da inexistência de previsão de imprescritibilidade criminal no direito brasileiro na data do delito

O Direito Positivo brasileiro não adotava a imprescritibilidade criminal em 1975.

Reiterando o já assinalado, o Código Penal e a Constituição em vigor à época não a previam.

Sem, portanto, cogitar de normas internacionais, não haveria como falar em imprescritibilidade do crime aqui em exame.

[...]

Em 1968, consoante já mencionado, foi editada a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra Humanidade. Todavia, o Brasil não aderiu a tal instrumento normativo, de modo que ele não foi internalizado. Nenhum outro instrumento normativo que estabelecesse claramente a mesma

imprescritibilidade foi internalizado pelo Brasil, sendo necessário lembrar que instrumentos de Direito Internacional Público que não se submetem a processos de internalização, como é o caso de resoluções da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em princípio não se aplicam internamente.

Igualmente, nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional brasileira remete à aplicação no âmbito interno de alguma norma internacional sobre imprescritibilidade.

Por tal linha de raciocínio já se vê que o ordenamento jurídico brasileiro também não acolheu a imprescritibilidade por meio de adoção de alguma norma de índole internacional.

Contudo, afirma o parecer que há uma norma consuetudinária internacional, bem anterior ao crime aqui tratado, que estabelece a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, sendo certo que isso se impõe como obrigação a todos os Estados, de modo geral, como regra internacional do chamado *ius cogens*, e ao Brasil em particular, por força da adoção dos princípios gerais de Direito Internacional com a ratificação, em 1914, da Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, que remonta a 1907, tendo sido elaborada em Haia.

[...]

É duvidosa a existência do referido costume internacional. O primeiro diploma normativo a estabelecer expressamente a imprescritibilidade, justamente a mencionada Convenção de 1968, até o ano de 1975, não tinha recebido o aval de sequer vinte países, como pode ser visto no sítio da internet <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty6.htm>. Até hoje, países de grande relevância mundial como Estados Unidos da América, Japão, Alemanha, França, Itália, Reino Unido e China não o assinaram.

Fica difícil, portanto, admitir a real existência de uma norma consuetudinária acerca da imprescritibilidade, uma vez que tão poucos Estados aderiram a um tratado que nada mais faria senão exprimir um costume previamente existente.

Mas admita-se, por hipótese, que o costume invocado realmente exista.

Teria ele vigência internamente no Brasil? Não, pois costume é norma não escrita e, justamente por tal motivo, não se submete a processo de internalização, também não havendo norma interna brasileira que faça remissão à adoção, no âmbito interno, de semelhante costume internacional. Observa-se que os princípios e normas de *ius cogens*, a que se refere o parecer, são de Direito Internacional Público, sempre havendo, para aplicação interna, necessidade de algum procedimento de internalização ou remissão específicos.

Em novo giro de exame conceitual, novamente se admita, por hipótese, que o costume foi de algum modo internalizado. Poderia ser ele aplicado hoje? Também, com certeza, não, por flagrante incompatibilidade com a Constituição de 1988, que traz como garantia fundamental do indivíduo, inclusive com o fortalecido status de

cláusula pétrea, a seguinte, em seu artigo 5º. Inciso XXXIX, repetindo, aliás, norma geral estampada no artigo 1º do Código Penal desde 1940:

“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”

A Constituição de 1988 não transige em matéria penal: impõe que, efetivamente, crimes e penas sejam necessariamente criados por lei, **E LEI EM SENTIDO FORMAL**. Norma consuetudinária é norma, no sentido de proposição hipotética que regula conditas, mas não é lei em sentido formal.

[....]

Não é outro o princípio da estrita legalidade. Assim, costume pode criar crime, majorar sua pena, estabelecer facilidades para sua punição como imprescritibilidade? Não. Pode o costume criar tributo, majorar alíquotas? Certamente não.

Tratando brilhantemente da diferença entre reserva da norma e reserva da lei, assim se exprime Eros Roberto Grau em sua obra *O direito posto e o direito pressuposto*, 2ª edição, Malheiros, 1998, páginas 183/184:

[...]

Com tudo isso se demonstra, claramente, que costume não pode ser fonte de Direito Penal no Brasil para criar regas contra o investigado ou réu. A doutrina é absolutamente pacífica nesse ponto, restringindo muito a admissão do costume como fonte do Direito Penal, sobretudo quando, em qualquer hipótese, se revelar em detrimento da liberdade humana.

[...]

Como se vê, não pode o costume estabelecer imprescritibilidade. Isso colide frontalmente com cláusula pétrea da Constituição de 1988 e, de modo geral, com uma das ideias que inspiram o princípio da legalidade estrita penal, qual seja a de dar ao indivíduo, com clareza que somente normas legais escritas podem gerar, o pleno conhecimento das regras mais severas de convivência em sociedade, as regras de Direito Penal, que podem inclusive, ocasionar medida de privação de liberdade. Admitir que o costume produza normas dessa natureza seria evidente fator de insegurança jurídica.

Assim, conclui-se que o crime aqui em exame realmente prescreveu. Reavivar a possibilidade de sua punição, admitindo uma imprescritibilidade que nunca existiu, em caráter retroativo, somente seria possível em um processo revolucionário, com revogação da Constituição vigente por meio do exercício do poder constituinte originário, o qual, na perspectiva adotada que afasta posturas jusnaturalistas, tudo pode.

59. Como se verifica, a promoção de arquivamento das peças informativas, de 12 de setembro de 2008, comportou uma análise técnica cuidadosa a respeito da possibilidade jurídica de reabertura das investigações, concluindo que há impossibilidade de adoção de providências para persecução penal em razão de já haver coisa julgada material e, adicionalmente, consumação da prescrição da pretensão punitiva.

60. Referida análise passou pelo crivo do poder judiciário, que a acolheu, nos seguintes termos:

[...]

2. Coisa Julgada Material

[...]

Referida decisão, todavia, tornou-se imutável e, tendo em vista que nela foi reconhecida a existência de causa extintiva da punibilidade, pode-se afirmar que tem conteúdo meritório, motivo pelo qual transitou formal e materialmente em julgado.

Saliento, nesse ponto, que a circunstância de ter ou não ocorrido o fato que serviu de fundamento para o trancamento não interfere na caracterização da coisa julgada, pois, se isso fosse possível, estaria comprometida a eficácia da garantia constitucional, criada justamente para não permitir novas revisões do decidido, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Noutras palavras, mesmo que se considere não ser crime político próprio o delito cometido (pela ausência do elemento subjetivo consistente na lesão a bem de natureza política) e, portanto, não ser abrangido pela anistia prevista na Lei n. 6683/79, tal óbice deveria ter sido objeto de correção no processo que tramitou perante a Justiça Estadual, antes de ser a ação alcançada pela força do trânsito em julgado.

Não tendo isso ocorrido, também não é possível reverter-se a garantia por ter sido a decisão prolatada por Juízo absolutamente incompetente, uma vez que aquela figura no rol dos direitos e garantias fundamentais, o qual possui a natureza de cláusula pétrea, ou seja: não pode ser alterada por emenda à Constituição e prevalece, mesmo em face de outra norma constitucional em sentido contrário (a que define a competência da Justiça Federal, por exemplo).

Havendo coisa julgada material, está irremediavelmente extinta a punibilidade do delito, o que, por si só, já impediria a instauração de novo procedimento para investigação dos mesmos fatos.

Todavia, diante da relevância do tema posto em discussão, analiso, também, a questão concernente à adequação da conduta aos chamados crimes contra humanidade, de natureza imprescritível e, ainda, a possibilidade de se considerá-los vigentes no direito interno.

3. Crimes contra a humanidade – definição no Direito Internacional e existência no âmbito interno

Iniciando pela definição de natureza formal, pode-se considerar que a única norma em vigor no plano internacional a respeito do tema é aquela contida na Convenção sobre imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, vigente a partir de 11 de novembro de 1970 [...].

[...]

Referida convenção, todavia, não foi ratificada pelo Brasil, não obstante tenha sido aberta para adesões já no ano de 1968.

Poder-se-ia argumentar que tal omissão decorreu da própria vigência, à época, do regime militar, uma vez que as autoridades deste não teriam interesse em incorporar ao direito interno norma que pudesse culminar na punição de atos criminosos decorrentes da própria ditadura a que o país estava submetido.

A omissão em tela, contudo, permaneceu mesmo após o fim do referido regime, fato ocorrido em 1988 e que coincide com a entrada em vigor da atual Constituição Federal.

Passados mais de vinte anos desde aquela data, não se pode sequer cogitar da tese de que a ratificação não teria ocorrido porque as instituições estatais nacionais ainda se ressentem na da necessidade de adaptação à ordem democrática em vigor, especialmente em se considerando que a maioria dos países do chamado “primeiro mundo” (que sequer chegaram a sofrer as vicissitudes do totalitarismo) também não aderiram à Convenção, como bem ressaltado pelo Procurador da República em sua manifestação.

[...]

Superada a análise da legislação formal que trata do tema, resta averiguar se eventual norma consuetudinária internacional concernente aos crimes em comento se aplica ao direito brasileiro e, ainda, se aludida norma realmente existe.

Tenho que a resposta é negativa.

Explico:

Em primeiro lugar, saliento que a criação de crimes se sujeita, diante da atual Constituição, ao princípio da reserva legal ou da estrita legalidade, segundo o qual somente a lei em sentido estrito (leia-se: lei ordinária, lei complementar e emenda à Constituição) pode definir delitos, combinando-lhes as respectivas penas (art. 5º, XXXIX, da Carta Magna, e art. 1º do Código Penal).

[...]

Se, no ordenamento pátrio em vigor, não se admite criação de crime por lei delegada, medida provisória, decreto legislativo ou resolução, com muito maior razão não se pode concordar que um costume possa ser utilizado para tal fim, por mais consolidado que aquele esteja.

Nesse ponto, considero que a fluidez característica da norma costumeira é incompatível com a definição de uma figura criminosa, razão pela qual faz-se necessária, para atribuir validade cogente àquela, seja a mesma declarada por tratado ou convenção, até mesmo para impedir que seus termos sejam submetidos a interpretações cada vez mais elásticas e extensivas, as quais, protegidas pela justificativa de impedir impunidade, acabariam por gerar um vício ainda maior, qual seja: a arbitrariedade.

De qualquer forma, na hipótese em apreço, é de se reconhecer que, se existe costume internacional acerca do tema, este é o de punir criminosos contra a humanidade logo após a prática dos delitos (que normalmente coincide com períodos de guerra externa ou civil), tarefa da qual são encarregados tribunais, também internacionais, criados para tal fim, costume este que já era aplicado quando da ocorrência dos fatos narrados nas peças de informação.

[...]

Em face do exposto, tenho que não é cabível a pretensão de subsumir a conduta narrada nas peças de informação ao chamado delito contra humanidade, por não possuir aquela tipificação válida no ordenamento jurídico em vigor no território pátrio.

4. Prescrição

Fixadas as premissas acima, tenho que os fatos cujo estudo deram ensejo à representação formulada ao Procurador da República se amoldam à figura típica prevista no art. 121, §2º, do Código Penal.

Não há que se falar, na presente hipótese, na caracterização do genocídio, crime previsto nos arts. 1º e 2º da Lei n. 2889/56, uma vez que ausente o elemento subjetivo consistente na intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

De qualquer forma, ainda que se reconhecesse a existência deste último delito, a pena máxima aplicada seria a do já citado art. 121, §2º, do Código Penal, ou seja, trinta anos de reclusão.

Referida sanção, consoante disposição prevista no art. 109, I, do mesmo diploma legal, prescreve em vinte anos, lapso de tempo já decorrido, mesmo que se iniciasse a contagem em 05 de outubro de 1988, data da promulgação da garantista Carta Magna em vigor.

Procedendo-se à contagem em estrita obediência a norma do art. 111, I, do Estatuto Repressivo, passaram-se mais de trinta e três anos, tempo superior ao da própria pena máxima fixada abstratamente para o homicídio.

Ressalto, por oportuno, que, tanto o homicídio, como o genocídio, ou mesmo a tortura (que, de qualquer forma, não poderia ensejar incriminação, uma vez que a lei que a definiu como delito é posterior a 1975), não são infrações imprescritíveis diante da Constituição e demais normas do ordenamento em vigor.

Diante do todo o exposto, considero que, por qualquer dos ângulos que se analise a questão, não é cabível o prosseguimento da

persecução criminal, razão pela qual **determino o arquivamento dos presentes autos,** observadas as formalidades legais.

61. Diante disso, não chegou a ser instaurado novo procedimento investigatório a respeito da morte de Vladimir Herzog, tendo sido arquivadas as peças de informação, em razão de constatados os óbices da coisa julgada e da prescrição.

II.1.2.c. Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5

62. Em 14 de maio de 2008, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública na Justiça Federal de São Paulo requerendo, dentre outras medidas, (Anexo 2 – cópia dos autos da Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5): (i) fosse declarada a existência de obrigação do Exército Brasileiro em tornar públicas à sociedade brasileira todas as informações relativas às atividades desenvolvidas no DOI/CODI do II Exército no período de 1970 a 1985,; (ii) fosse declarada a omissão da União em promover as medidas necessárias à reparação regressiva dos danos que suportou no pagamento das indenizações previstas na Lei n. 9.140/95; (iii) fosse declarada a existência de responsabilidade pessoal de CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA perante a sociedade brasileira pela perpetração de violações aos direitos humanos, especialmente prisão ilegal, tortura, homicídio e desaparecimento forçado dos cidadãos, sob seu comando, no extinto DOI/CODI do II Exército, bem como a existência de relação jurídica entre o réu e os familiares das vítimas relacionadas na petição inicial, pela corresponsabilidade nos atos ilícitos que culminaram na morte ou desaparecimento desses cidadãos; (iv) fosse declarada a existência de responsabilidade pessoal de AUDIR SANTOS MACIEL perante a sociedade brasileira pela perpetração de violações aos direitos humanos, especialmente prisão ilegal, tortura, homicídio e desaparecimento forçado de cidadãos, sob seu comando, no extinto DOI/CODI do II Exército, bem como a existência de relação jurídica entre o réu e os familiares das vítimas relacionadas na petição inicial, pela corresponsabilidade nos atos ilícitos que culminaram na morte ou desaparecimento desses cidadãos; (v) fossem condenados CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e AUDIR SANTOS MACIEL a repararem regressivamente, e em relação aos casos ocorridos nos períodos em que respectivamente comandaram o DOI/CODI do II Exército, os danos suportados pelo Tesouro Nacional na forma da Lei n. 9.140/95 a título de indenização aos parentes das vítimas indicadas na petição inicial, com atualização monetária e juros moratórios pelos

índices aplicáveis aos créditos da Fazenda Nacional; (vi) fossem condenados CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e AUDIR SANTOS MACIEL a repararem os danos morais coletivos, mediante indenização a ser revertida ao Fundo de Direitos Difusos, em montante a ser fixado na sentença, ou outra providência cabível, com base nos elementos apurados no curso da ação; (vii) fossem condenados CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e AUDIR SANTOS MACIEL à perda das funções públicas que estejam eventualmente exercendo, bem como a não mais serem investidos em qualquer nova função pública.

63. Em 10 de novembro, foi proferida decisão na qual, considerando que as decisões do Supremo Tribunal Federal na ADI 4077² e na ADPF 153³ teriam efeitos vinculantes, inclusive para todos os órgãos do Poder Judiciário, por meio da qual se determinou o envio dos autos ao arquivo, onde deveriam aguardar até o julgamento final daqueles feitos (fl. 735 da ACP).

64. Foi protocolizado recurso de agravo de instrumento junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região em face da decisão do juízo e, em 19 de janeiro de 2009, os autos foram conclusos ao magistrado, que, na mesma data, proferiu decisão fundamentada de manutenção da decisão agravada e, considerando ter sido indeferido o efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento do Ministério Público Federal, determinou que o feito aguardasse no arquivo o julgamento do citado recurso pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região

65. Desarquivados os autos da ACP, em 5 de maio de 2010, foi proferida sentença com o seguinte dispositivo (fls. 800-809):

Resolvo o mérito nos termos do artigo 269, incisos I e IV, do Código de Processo Civil para julgar improcedentes os pedidos de i) condenação dos réus CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e AUDIR SANTOS MACIEL a repararem todos os danos apontados pelo autor, ii) à perda das funções públicas que estejam eventualmente exercendo e iii) a não mais serem investidos em qualquer nova função pública.

Quanto aos demais pedidos, deles não conheço e extingo o processo sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

² Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4077, contra leis federais que tratam do sigilo de documentos públicos.

³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº153 questiona a constitucionalidade da Lei de Anistia.

Deixo de condenar o Ministério Público Federal ao pagamento dos honorários advocatícios. Na ação civil pública apenas a associação autora e seus diretores estão sujeitos à condenação em honorários advocatícios, nos termos dos artigos 17 e 18 da Lei 7.347/85, se houver litigância de má-fé.

O Ministério Público Federal atua na defesa do interesse social. No exercício regular dessa atribuição não está sujeito à condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sob pena de comprometimento de sua independência funcional e administrativa, assegurados pela Constituição do Brasil (artigo 127, §2º).

66. Foi interposto recurso de apelação pelo Ministério Público requerendo integral reforma da sentença, para o fim de ser julgado procedente o pedido formulado na petição inicial ou, subsidiariamente, o provimento do recurso para anular a sentença e determinar a apreciação do mérito dos pedidos. Ressalta-se que o referido recurso ainda se encontra em curso perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, encontrando-se momentaneamente sobrestado em razão do falecimento do réu Carlos Alberto Brilhante Ustra, em outubro de 2015, que gerou necessidade de habilitação de suas sucessoras.

II.1.2.d. Trabalhos da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos

67. O Estado brasileiro reconheceu como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, por meio da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícias. Na referida lei, foi apresentada lista de 136 pessoas desaparecidas em seu Anexo I.

68. A lei previu ainda a criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), instituída pelo Decreto de 18 de dezembro de 1995, com funcionamento junto à Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania. A Comissão Especial detém atribuições de proceder ao reconhecimento de pessoas desaparecidas, não relacionadas no Anexo I, que, por terem participado ou por terem sido acusadas de participação em atividades políticas, tenham falecido, por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas; que tenham falecido em virtude de repressão policial sofrida em manifestações públicas ou

em conflitos armados com agentes do poder público; que tenham falecido em decorrência de suicídio praticado na iminência de serem presas ou em decorrência de sequelas psicológicas resultantes de atos de tortura praticados por agentes do poder público.

69. Cabe à Comissão Especial, ademais, envidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados, além de emitir parecer sobre os requerimentos de indenizações que venham a ser formulados pelos familiares das pessoas reconhecidas como desaparecidas nos termos da lei.

70. A Comissão encerrou, no final de 2006, a primeira etapa de suas atividades. Concluída a fase de análise, investigação e julgamento dos processos relativos aos 339 casos de mortos e desaparecidos apresentados para sua decisão, que se somaram aos outros 136 nomes já reconhecidos na lei.

71. Segundo a CEMDP, a elucidação das informações referentes às circunstâncias de prisão, tortura e morte de opositores políticos permitiram que o Estado brasileiro assumisse sua responsabilidade histórica e administrativa sobre a integridade dos presos e o destino dado a eles. Em 2007, a Comissão Especial publicou livro-relatório “*Direito à memória e à verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*”, que registra, em suas mais de 400 páginas, o resgate da memória e da verdade dos casos apreciados, dentre eles, o caso de Vladimir Herzog, relatado em detalhes às fls 407 e seguintes (Anexo 3 – páginas destinadas a Vladimir Herzog no livro *Direito à memória e à verdade*).

II.1.2.e. Trabalhos da Comissão Nacional da Verdade

72. Além da Comissão Especial, o Estado brasileiro estabeleceu ainda a Comissão Nacional da Verdade – CNV, criada pela Lei nº. 12.528/2011, que desenvolveu importante trabalho de resgate dos acontecimentos históricos relacionados ao regime militar, tendo realizado seus trabalhos de investigação entre maio de 2012 e 10 de dezembro de 2014. As atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e as recomendações da CNV foram registradas nos três volumes do Relatório da Comissão Nacional da Verdade (Anexo 4 – Relatório da CNV, Volumes I, II e III).

73. O artigo 1º da Lei nº 12.528 coloca a CNV no rol das comissões da verdade cujo funcionamento foi justificado com base no exercício do direito à verdade, o que se traduz nos objetivos de seu trabalho, especificamente fixados na lei: a) esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos no período delimitado; b) promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior; c) identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionadas à prática de violações de direitos humanos e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade; d) encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995; e) colaborar com todas as instâncias do poder público para a apuração de violação de direitos humanos; f) recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir a violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e g) promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

74. Importante destacar que, para o cumprimento de suas finalidades, a lei dotou a CNV de poderes significativos para um órgão desprovido de atribuições persecutórias ou jurisdicionais: i) receber testemunhos, informações, dados e documentos que lhe fossem encaminhados voluntariamente, e requisitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do poder público, ainda que classificados em qualquer grau de sigilo; ii) convocar, para entrevistas ou testemunho, pessoas que pudessem guardar qualquer relação com os fatos e circunstâncias examinados; iii) determinar a realização de perícias e diligências para coleta ou recuperação de informações, documentos e dados; iv) promover audiências públicas; v) requisitar proteção aos órgãos públicos para qualquer pessoa que se encontrasse em situação de ameaça em razão de sua colaboração com a Comissão; vi) promover parcerias com órgãos e entidades, públicos ou privados, nacionais ou internacionais, para o intercâmbio de informações, dados e documentos; vii) e requisitar o auxílio de entidades e órgãos públicos. A lei estabeleceu ainda ser dever dos servidores públicos civis e militares colaborar com a Comissão Nacional da

Verdade, e facultou a esta requerer ao Poder Judiciário acesso a informações, dados e documentos públicos ou privados necessários para o desempenho de suas atividades.

75. O trabalho do núcleo pericial da CNV permitiu a desconstrução de versões oficiais da morte de pessoas, bem como a identificação de locais em que ocorreram graves violações aos direitos humanos.⁴ No que tange ao caso em apreciação, a equipe de peritos da CNV elaborou, em 2014, laudo pericial indireto, a partir da identificação de dois sulcos distintos no pescoço do jornalista, que a levaram a concluir que Herzog foi inicialmente estrangulado, antes que se montasse a encenação destinada a simular seu enforcamento. Com base nesse laudo, a CNV registrou em seu relatório que “entende não existir mais qualquer dúvida acerca das circunstâncias da morte de Vladimir Herzog, detido ilegalmente, torturado e assassinado por agentes do Estado nas dependências do DOI-CODI do II Exército, em São Paulo, em outubro de 1975”.⁵

76. Antes disso, em 2012, foi deferido o pedido de retificação da causa da morte constante no assento de óbito de Vladimir Herzog, apresentado pela CNV perante a 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo, determinando-se a alteração no assento para nele constar que a morte decorreu de lesões e maus tratos sofridos em dependência do II Exército – SP (DOI-CODI).

77. O Relatório da CNV dedica seis páginas a Vladimir Herzog (pp. 1794-1801), contendo a biografia da vítima, considerações sobre as circunstâncias de sua morte e identifica a autoria das violações perpetradas contra Vladimir Herzog, divulgando tanto uma cadeia de comando dos órgãos envolvidos como os autores das violações de direitos humanos.⁶

78. O relatório fornece as principais fontes da investigação da CNV e apresenta as seguintes conclusões, realizadas de forma independente e autônoma:

Diante das investigações realizadas, conclui-se que Vladimir Herzog morreu em decorrência de ação perpetrada por agentes do Estado brasileiro, em contexto de sistemáticas violações de direitos humanos promovidas pela ditadura militar implantada no país a partir de abril de 1964, restando desconstruída a versão oficial de suicídio divulgada

⁴ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: Volume I*. Brasília: CNV, 2014, 976p., p. 43 e 44.

⁵ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: Volume III (Mortos e Desaparecidos Políticos)*. Brasília: CNV, 2014, 1996p., p. 1796.

⁶ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: Volume III (Mortos e Desaparecidos Políticos)*. Brasília: CNV, 2014, 1996p., pp. 1794-1801.

à época dos fatos. As iniciativas da CNV, tanto em entregar à família a certidão de óbito retificada, quanto em concluir análise pericial que evidencia o homicídio de Vladimir Herzog, foram passos concretos na luta pela elucidação das graves violações aos direitos humanos ocorridos durante a ditadura militar.

II.1.3. A decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil de que o instituto da anistia é compatível com a Constituição Federal

79. Em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a Lei de Anistia brasileira (Lei nº 6.683/1979) é compatível com a Constituição brasileira.

80. O STF, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 153, salientou que, muito embora a interpretação do direito seja processo de contínua adaptação de seus textos à realidade e seus conflitos, isso não se aplica às designadas *leis-medida*, como é o caso da Lei de Anistia, que disciplinam diretamente determinados interesses. Essas leis requerem que se interprete, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento no qual ela foi editada. Sendo uma lei-medida, o STF entendeu ser necessário verificar o contexto da época em que foi editada, anterior à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, à Lei nº. 9.455/1997, que define o crime de tortura; e ao preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição brasileira, que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática de tortura, entre outros crimes. Assim, representou, em seu momento, uma etapa necessária no processo de reconciliação e de redemocratização do País.

81. Ademais, o STF levou em consideração que “a anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988” e uma vez afirmada “a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável”⁷.

II.1.4. O Estado brasileiro reconhece que agentes públicos foram responsáveis pela morte e tortura de Vladimir Herzog

82. O Estado tem adotado uma série de medidas pelas quais reconhece, no âmbito interno, sua responsabilidade a respeito da detenção arbitrária, tortura e

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão proferido na ADPF 153*. Julgamento em 29/04/2010.

assassinato do jornalista Vladimir Herzog por agentes do Estado, nas dependências do DOI-CODI/IIº Exército, em 1975.

83. Por consequência, o Estado brasileiro reconhece, neste ato, perante essa Honorável Corte, a ocorrência de tais fatos – prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog por agentes do Estado, nas dependências do DOI-CODI/IIº Exército, em 1975, sem prejuízo das exceções preliminares, em que o Estado entende não haver jurisdição dessa Corte para apreciar tais fatos.

II.1.5. Medidas adotadas pelo Estado brasileiro para reparar a violação ao direito à vida e à integridade pessoal de Vladimir Herzog

84. O Estado brasileiro buscou, internamente, não apenas reconhecer os fatos, como também adotar medidas para reparar a violação ao direito à vida e à integridade pessoal de Vladimir Herzog, as quais demonstram a firme disposição do Estado de proporcionar reparação pelas violações dos direitos humanos.

85. No que se refere à reparação pecuniária, tem-se que a Lei nº. 9.140, de 4 de dezembro de 1995 (Anexo 5 - Lei nº. 9.140, de 4 de dezembro de 1995), que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e dá outras providências, permitiu que, em 1996, a viúva Clarice Herzog formulasse pedido à Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos.

86. O pedido formulado foi para reconhecimento de que a morte de Vladimir Herzog se enquadrava no disposto no artigo 4º, I, *b*, da referida lei e para pagamento da indenização prevista no mesmo diploma. Em sessão ordinária realizada em 2 de abril de 1996, a Comissão Especial reconheceu que a morte de Vladimir Herzog se subsumia ao dispositivo indicado (Anexo 6 – cópia do Extrato da Ata da 6ª Reunião Ordinária da Comissão Especial de Desaparecidos Políticos publicado no Diário Oficial de 11 de abril de 1996) e, posteriormente, o Presidente da República, por meio de decreto (Anexo 7 – Decreto nº 2.255, de 16 de junho de 1997), outorgou à viúva Clarice Herzog o pagamento de indenização, de cunho reparatório, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

87. Para além do pagamento de indenizações, o Estado brasileiro tem fomentado diversas iniciativas com o intuito de preservar a memória de cidadãos perseguidos durante o regime militar, contribuindo, com isso, para evitar que esses fatos se repitam. Esse foi o sentido do livro *Direito à Memória e à Verdade*, lançado em 2006 pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, que divulgou o trabalho da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, no qual são dedicadas algumas páginas à história e à memória de Vladimir Herzog, notadamente sua trajetória profissional e o relato das circunstâncias de sua morte, conforme já mencionado na Seção II.1.2.d.

88. Os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade complementam a iniciativa acima. O Relatório produzido pela CNV dedica seis páginas a Vladimir Herzog (pp. 1794-1799), contendo a biografia da vítima, esclarecimentos sobre o local e as circunstâncias da morte, com identificação da autoria e de toda a cadeia de comando do órgão envolvido na morte (Anexo 4 – Relatório da CNV, Volumes I, II e III).

89. Além das informações acima indicadas, as páginas dedicadas a Vladimir Herzog, no Relatório da CNV, trazem considerações sobre o caso até a instituição da CNV, destacando as diversas homenagens a Vladimir Herzog:

As homenagens a Vladimir são muitas. Seu nome foi dado a ruas dos estados de São Paulo, Pará, Rio Grande do Sul e Santa Catarina e ainda a uma praça no Rio de Janeiro. No ano de 1979, foi estabelecido, pelo Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo, o Prêmio Jornalístico Vladimir Herzog de Anistia e Direitos Humanos. Em 2009, foi criado o Instituto Vladimir Herzog, com o objetivo de conhecer e executar propostas que fortaleçam a democracia. Em outubro de 2013, uma praça e um memorial foram inaugurados em São Paulo, para homenagear Herzog⁸.

90. Conforme já mencionado, destaca-se também o fato de que, em 2012, foi deferido o pedido de retificação da causa da morte constante no assento de óbito de Vladimir Herzog, apresentado pela CNV perante a 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo, determinando-se a alteração no assento para nele constar que a morte foi decorrente de lesões e maus tratos sofridos em dependência do Exército (Anexo 8 – Certidão de Óbito de Vladimir Herzog, retificada; Anexo 9 – Cópia de sentença proferida nos autos do processo nº 0046690-64.2012.8.26.0100).

⁸ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: Volume III (Mortos e Desaparecidos Políticos)*. Brasília: CNV, 2014, 1996p., p. 1794 e 1795.

91. No Capítulo V serão abordadas de forma mais detalhada as medidas já adotadas pelo Estado brasileiro a título de reparação material e imaterial.

II.2. Definição dos limites da lide

92. Acima, foram expostos fatos que, de alguma forma, são abordados no presente caso. Contudo, faz-se necessário esclarecer quais são, efetivamente, os limites da lide, ou seja, quais são os fatos que estão sujeitos à análise e a pronunciamento por essa Honorável Corte.

93. O ponto de partida para essa definição é o escrito de apresentação do caso da Ilustre Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Corte, do qual se extrai o seguinte:

Especificamente, a Comissão submete à Corte as ações e omissões estatais que ocorreram ou continuaram ocorrendo após 10 de dezembro de 1998, data de aceitação da competência da Corte por parte do Estado do Brasil. Dentro das mesmas se encontram as violações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e à Convenção para Prevenir e Punir a Tortura derivadas da atuação das autoridades estatais no Processo nº 2008.61.81.013434-2, que culminou com o arquivamento da investigação em 12 de janeiro de 2009. Este arquivamento foi motivado pela aplicação da Lei de Anistia, bem como figuras de prescrição e coisa julgada. Além disso, encontra-se dentro da competência da Corte a atuação das autoridades estatais na ação civil pública nº 2008.61.00.011414-5. Também se encontra dentro da competência da Corte a violação da integridade pessoal dos familiares em consequência da situação de impunidade e negação de justiça no relatório de mérito.

94. A partir desse parágrafo, verifica-se que a delimitação dos fatos feita pela CIDH incluiu apenas a atuação das autoridades estatais nas Peças de Informação nº 2008.61.81.013434-2 e na Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5, assim como o reflexo dessa atuação na integridade pessoal dos familiares.

95. **Esses seriam os fatos submetidos pela Ilustre CIDH à apreciação dessa Colenda Corte, os quais não podem ser alargados pelo EPAP**, como indevidamente ocorre em relação à alegada denegação de informações a respeito das violações invocadas neste caso e em outros casos similares.

96. Ademais, um exame do trâmite do caso perante a Comissão demonstra que o Relatório de Admissibilidade produzido em 2012 não tratou da Ação Civil Pública nº

2008.61.00.011414-5. Isso significa que, embora tenha sido citada no relatório de mérito, **não houve exame dos requisitos de admissibilidade em relação à referida ação civil pública e à sua condução pelo Poder Judiciário, o que implica cerceamento ao direito de defesa do Estado.** Com efeito, a admissão de questões de mérito tardiamente, como ocorreu, impede o Estado de apresentar argumentos de admissibilidade com relação a fatos novos, os quais não se confundem com meras questões contextuais.

97. Diante disso, o Estado, levando em consideração a possibilidade de controle de legalidade dos atos da CIDH pela Corte IDH, solicita que se analise se efetivamente podem estar dentro do escopo da presente demanda fatos que não passaram por exame de admissibilidade no âmbito da Comissão. Com isso, o caso fica restrito, no mérito, somente à análise do arquivamento das peças de informação de 2008 (2008.61.81.013434-2).

III. EXCEÇÕES PRELIMINARES

III.1. Incompetência *ratione temporis* quanto aos fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição desta Corte para analisar supostas violações à CADH (10 de dezembro de 1998)

98. O Estado brasileiro assumiu obrigações jurídicas no plano internacional quanto à promoção e proteção dos direitos humanos desde a edição do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que formalizou sua adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

99. A Convenção Americana, em seu artigo 62, dispôs que cada Estado deveria declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção.

100. Consagrou também que a referida declaração poderia ocorrer no momento do depósito do instrumento de ratificação da Convenção Americana ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, assim como poderia ser incondicional ou condicionada à reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos.

101. Têm-se duas espécies de declaração de aceitação da jurisdição desta Corte, portanto. Cada uma delas pode produzir efeitos temporais distintos, como se verá adiante.

102. No exercício da faculdade conferida pelo art. 62.1, da CADH, diversos Estados Partes formularam declarações de aceitação da jurisdição obrigatória dessa Honorable Corte sem qualquer limitação temporal.

103. Para estes, por força do princípio da irretroatividade que rege o Direito dos Tratados, é certo que essa Honorable Corte não pode julgar supostas violações de direitos humanos causadas por fatos de efeitos instantâneos e anteriores ao reconhecimento de sua jurisdição.

104. A doutrina reconhece como evidente a irretroatividade da declaração de reconhecimento da jurisdição obrigatória dessa Honorable Corte:

Despite this principle, the Inter-American Court holds that it cannot rule on any violation of the Convention's rights that occurred before the State accepted the Court's jurisdiction. **In other words, the Court has jurisdiction over events that took place in a State Party to the American Convention only after that State accepted the jurisdiction of the Court or over events that continued after the date of acceptance.** (grifo nosso)⁹

105. A declaração de aceitação da jurisdição da Corte IDH em termos irrestritos, contudo, não evita que os Estados sejam julgados por fatos anteriores à data da declaração. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), de 1969, traz em seu artigo 28 o regime geral dos efeitos temporais da assunção de obrigações em tratados e dispõe claramente que, ao tempo da entrada em vigor do tratado para um Estado, suas disposições obrigam-no para fatos posteriores e anteriores que ainda não deixaram de existir, os chamados fatos de efeitos continuados. É o que se extrai de interpretação a *contrariu sensu* do referido dispositivo:

Art. 28. **A não ser que uma intenção diferente resulte do tratado ou seja estabelecida de outra forma**, as disposições de um tratado não obrigam uma parte em relação a um fato ou ato que ocorreu ou a uma situação que deixou de existir, antes da entrada em vigor do tratado, para essa parte.¹⁰ (grifo nosso)

⁹ PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2ª ed. Nova Iorque: Cambridge, 2013. p. 138.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Seção 2, Aplicação de Tratados, art. 28 (Irretroatividade de Tratados).

106. Logo, a submissão de Estados à jurisdição da Corte para fatos iniciados antes de seu reconhecimento e que não deixaram de existir ao tempo da declaração decorre do regime geral de submissão dos Estados a compromissos internacionalmente assumidos.

107. Amparada no princípio da *compétence de la compétence* (*kompetenz-kompetenz*), segundo o qual todo tribunal tem a autoridade inerente para determinar os limites da própria competência,¹¹ e invocando o art. 28 da CVDI, essa Corte firmou jurisprudência que reconhece sua competência *ratione temporis* para conhecer de violações aos direitos humanos de caráter continuado, mesmo que iniciadas em momento prévio ao reconhecimento estatal da jurisdição contenciosa da Corte.

108. Conforme decidido no *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*¹², no crime de desaparecimento forçado, mesmo que a violação tenha início antes do instrumento de aceitação de competência da Corte, caso a ofensa se perpetue após essa data, haverá competência *ratione temporis* da Corte Interamericana para apreciar a ofensa, sem que isso configure infração ao princípio da irretroatividade.

109. As violações de caráter continuado iniciadas antes do reconhecimento da jurisdição da Corte por determinado Estado se contrapõem às violações instantâneas, que não se prolongam no tempo. No *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. México*, a Corte Interamericana, ao constatar que o ato de tortura se executa e se consuma em si mesmo, e que sua execução não se estende no tempo, declarou a ausência de competência para analisar o delito de execução instantânea ocorrido antes do reconhecimento de sua jurisdição pelo Estado mexicano.

La Corte debe determinar si el supuesto delito de tortura alegado por la Comisión Interamericana y los representantes de la presunta víctima y sus familiares es un delito de ejecución instantánea o un delito de ejecución continua o permanente. Cada acto de tortura se ejecuta o consume en sí mismo, y su ejecución no se extiende en el tiempo, por lo que el acto o actos de tortura alegados en perjuicio del señor Martín del Campo quedan fuera de la competencia de la Corte por ser un delito de ejecución instantáneo y haber supuestamente ocurrido antes del 16 de diciembre de 1998. Asimismo, las secuelas de la tortura,

¹¹ BURGORGUE-LARSEN, L. & ÚBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights: Case-law and commentary*. Oxford: Oxford University Press. 2011, p. 4.

¹² CORTE IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Sentença de 12 de agosto de 2008 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Série C, No. 186. par. 24 e 25.

alegadas por los representantes de la presunta víctima y sus familiares, no equivalen a un delito continuo. Cabe señalar que la Corte ha reiterado en su jurisprudencia constante su rechazo absoluto a la tortura y el deber de los Estados Partes de investigar, procesar y sancionar a los responsables de la misma.

Es necesario que el Tribunal señale con toda claridad sobre esta materia que **si el delito alegado fuera de ejecución continua o permanente, la Corte tendría competencia para pronunciarse sobre los actos o hechos ocurridos con posterioridad al reconocimiento de la jurisdicción de la Corte. Pero en un caso como el presente, el supuesto delito causa de la violación alegada (tortura) fue de ejecución instantánea, ocurrió y se consumó antes del reconocimiento de la competencia contenciosa.** En lo que atañe a la investigación de dicho delito, la misma se produjo y se reabrió en varias ocasiones. Ello ocurrió con posterioridad al reconocimiento de competencia contenciosa de la Corte, pero ni la Comisión ni los representantes de la presunta víctima han aportado elementos sobre afectaciones ocurridas que permitan identificar violaciones específicas al debido proceso sobre las cuales la Corte hubiera podido conocer.

[...]

Al ejercer la función de protección que le atribuye la Convención Americana, la Corte busca un justo equilibrio entre los imperativos de protección, las consideraciones de equidad y de seguridad jurídica, como se desprende claramente de la jurisprudencia constante del Tribunal.

En razón de lo anterior, la Corte estima que debe aplicarse el principio de la irretroactividad de las normas internacionales consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el derecho internacional general, y de acuerdo con los términos en que México reconoció la competencia contenciosa de la Corte, acoge la excepción preliminar “*ratione temporis*” interpuesta por el Estado para que la Corte no conozca supuestas violaciones a la Convención Americana ni a la Convención Interamericana contra la Tortura ocurridas antes del 16 de diciembre de 1998 (*supra* párr. 57) y declara, en consecuencia, que no le compete a la Corte analizar la segunda excepción preliminar.¹³ (grifo nosso)

110. O mesmo princípio restou assentado pela Corte IDH também no *Caso Cantos vs. Argentina*:

Cabe señalar, que en el caso de la Argentina, ésta depositó el instrumento de ratificación de la Convención Americana y de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte en la misma fecha, en el entendido (conforme al artículo 62) de que ello sólo tendría efecto respecto a hechos o actos jurídicos acaecidos con posterioridad al depósito de la ratificación de la Convención y de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte.

¹³ CORTE IDH. Caso *Alfonso Martín del Campo Dodd Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentença de 03 de setembro de 2004 (Exceções Preliminares). Série C, No. 113. pars. 78, 84 e 85.

A la luz de lo anterior, la Corte considera que debe aplicarse el principio de la irretroactividad de las normas internacionales consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el derecho internacional general, observando los términos en que la Argentina se hizo parte en la Convención Americana.¹⁴

111. Aquele mesmo dispositivo da Convenção de Viena, ao dispor sobre o regime geral dos efeitos temporais da assunção de obrigações internacionais, também excepciona “*uma intenção diferente [que] resulte do tratado ou seja estabelecida de outra forma*”. A Convenção Americana, para a assunção da obrigação de se submeter à jurisdição da Corte IDH, é um desses tratados que autorizam regime temporal diverso:

Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, **por prazo determinado** ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte.¹⁵ (grifo nosso)

112. Amparados no art. 62 da Convenção, portanto, seus Estados Partes podem elaborar declaração de aceitação da jurisdição obrigatória da Corte IDH em termos irrestritos (art. 62.1) ou condicionais (art. 62.2). A declaração de aceitação em termos irrestritos submete o Estado declarante ao regime geral de efeitos temporais do compromisso, instituído pelo art. 28 da CVDT. A declaração em termos condicionais, autorizada pelo art. 62.2, da CADH, pode estabelecer regime temporal diferenciado.

113. Em outras palavras, a declaração de aceitação da jurisdição da Corte IDH em termos irrestritos, nos termos do art. 62.1, da CADH, submete o Estado à sua jurisdição para fatos que lhes são posteriores ou anteriores e que ainda não deixaram de existir (violação continuada) na data da declaração. Já a declaração em termos que condicionam a aceitação da jurisdição a certo limite temporal permite aos Estados postergar o momento em que os fatos violadores de direitos humanos estarão sujeitos à jurisdição da Corte ou mesmo afastar sua competência para fatos que lhes são

¹⁴ CORTE IDH. *Caso Cantos Vs. Argentina*. Sentença de 7 de setembro de 2001 (Exceções Preliminares). Série C No. 85. pars. 36 e 37.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 62, 2 e 3.

anteriores, ainda que ocasionem violação continuada e supostamente em curso após a data fixada na declaração estatal.

114. Há Estados Partes da Convenção Americana que impuseram limitação temporal para o reconhecimento da competência contenciosa dessa Corte. Ao invés de simplesmente reconhecerem a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tais Estados se valeram da faculdade insculpida no art. 62.2 da CADH para aceitar sua competência apenas quanto aos fatos posteriores a determinada data:

Chile recognized the Court's jurisdiction only as to "situations occurring subsequent to the date of deposit of this instrument of ratification, or, in any event, to circumstances which arose after 11 March 1990". Likewise, Brazil, Paraguay, Guatemala, Mexico, Nicaragua, and El Salvador incorporated conditions of nonretroactivity in their instruments of acceptance.¹⁶

115. É o caso do Brasil, como cita a doutrina. O Estado brasileiro optou por reconhecer a competência dessa Egrégia Corte em momento posterior à adesão à Convenção Americana, ocorrida em 1992, bem como optou por reconhecê-la “*sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998*”, nos termos do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002, *in verbis*:

Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e **para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998**.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. (grifo nosso)

116. Ao apreciar os termos e as circunstâncias do reconhecimento de sua jurisdição por declarações com limitação temporal proferidas por determinados Estados, essa Corte tem construído o entendimento de que tais declarações restringem sua jurisdição para os **fatos ou omissões iniciados após a data indicada na declaração**. Essa compreensão distingue tais Estados daqueles cuja declaração não indica qualquer limitação temporal, já que para estes, ainda que os fatos anteriores e instantâneos escapem à jurisdição da Corte (princípio da irretroatividade), os fatos iniciados antes da

¹⁶ PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2ª ed. Nova Iorque: Cambridge, 2013. p. 142.

aceitação da competência e que constituem violação continuada estariam sujeitos à jurisdição da Corte Interamericana, como já se comentou acima.

117. Consequentemente, ainda segundo aquela construção jurisprudencial, as supostas violações estatais dos deveres de proteção judicial (art. 25 da CADH) e de assegurar as garantias judiciais (art. 8º da CADH), alegadas em razão de processos criminais inefetivos, **só estariam sujeitas à jurisdição da Corte se tais processos se iniciaram ou deveriam ter se iniciado após o marco temporal indicado na declaração de reconhecimento de jurisdição da Corte. Processos criminais iniciados antes daquele marco temporal, ainda que estejam em curso após aquela data, não podem ser invocados para se alegar violação do Estado ao dever de proteção judicial, por incompetência *ratione temporis* dessa Egrégia Corte.**

118. Essa Corte, no entanto, ressalva que na condução de tais processos durante período que ultrapassa o referido marco temporal, podem-se observar as chamadas “*violações específicas e autônomas de denegação de justiça*”. Trata-se de fatos independentes, observados no curso do processo penal, que, se ocorridos em data posterior ao limite temporal fixado para o reconhecimento da competência da Corte, estariam alcançados por sua jurisdição *ratione temporis*. Nesse caso, não basta que a Comissão aponte o processo penal como um todo, ou sua inefetividade ou demora, como fato violador do dever de proteção judicial. É preciso que se apontem os fatos específicos e autônomos ocorridos no curso daquele processo e que constituem tal violação. É necessário também que esses fatos tenham comprovadamente ocorrido após o marco temporal de submissão do Estado à jurisdição desta Corte.

Debido a que el Estado demandado estableció una limitación temporal al reconocer dicha competencia, que persigue el objetivo de que queden fuera de la competencia de la Corte los hechos o actos anteriores a la fecha del depósito de la declaración de reconocimiento de la competencia del Tribunal, así como los actos y efectos de una violación continua o permanente cuyo principio de ejecución sea anterior a dicho reconocimiento, y que la alegó como excepción preliminar, el Tribunal procede a analizar si esta limitación es compatible con la Convención Americana y a decidir sobre su competencia.

[...]

En el presente caso, la limitación temporal hecha por El Salvador al reconocimiento de la competencia de la Corte tiene su fundamento en la facultad, que otorga el artículo 62 de la Convención a los Estados

Partes que decidan reconocer la competencia contenciosa del Tribunal, de limitar temporalmente dicha competencia. Por lo tanto, esta limitación es válida, al ser compatible con la norma señalada.

[...]

De conformidad con las anteriores consideraciones y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la Corte admite la excepción preliminar *ratione temporis* interpuesta por el Estado para que el Tribunal no conozca de los hechos o actos sucedidos antes del 6 de junio de 1995, fecha en que el Estado depositó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte.

Debido a que la limitación temporal hecha por el Estado es compatible con el artículo 62 de la Convención (supra párr. 73), la Corte admite la excepción preliminar *ratione temporis* interpuesta por el El Salvador para que el Tribunal no conozca de aquellos hechos o actos cuyo principio de ejecución es anterior al 6 de junio de 1995 y que se prolongan con posterioridad a dicha fecha de reconocimiento de competencia.

[...]

La Corte considera que todos aquellos hechos acaecidos con posterioridad al reconocimiento de la competencia de la Corte por El Salvador referentes a las alegadas violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, no están excluidos por la limitación realizada por el Estado, puesto que se trata de **actuaciones judiciales que constituyen hechos independientes cuyo principio de ejecución es posterior al reconocimiento de la competencia de la Corte por parte de El Salvador, y que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia ocurridas después del reconocimiento de la competencia del Tribunal.**¹⁷ (grifo nosso)

*

Asimismo, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, este tipo de limitaciones temporales al reconocimiento de la competencia de la Corte tienen su fundamento en la facultad, que otorga el artículo 62 de la Convención a los Estados Partes que decidan reconocer la competencia contenciosa del Tribunal, de limitar temporalmente dicha competencia. Por lo tanto, esta limitación se encuentra prevista en la propia Convención.

[...]

Esta Corte ha considerado que en el transcurso de un proceso se pueden producir hechos independientes que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia.

¹⁷ CORTE IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Sentença de 23 de novembro de 2004. (Exceções Preliminares). Série C, No. 118, pars. 62, 72, 73, 78 e 79.

[...] Dichos hechos [...] podrían constituir violaciones autónomas de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. En consecuencia, el Tribunal estima que no están excluidos por la limitación realizada por el Estado. De otra parte, acerca de las supuestas “omisiones de investigación, procesamiento y sanción de los responsables del homicidio del señor Luis Almonacid” alegadas por la Comisión (supra párr. 40.a.ii), la Corte advierte que ni ésta ni el representante precisaron cuáles son esas omisiones, por lo que la Corte no puede determinar a cuáles hecho se refieren y, por ende, la fecha en que ocurrieron, por lo que desestima tal argumento.¹⁸ (grifo nosso)

119. Esses contornos especiais das declarações que certos Estados fizeram ao reconhecer a jurisdição da Corte IDH são usualmente questionados pela Comissão e por representantes, que tentam atrair a competência dessa Corte para apreciar eventual violação ao direito à proteção judicial derivada de fatos iniciados antes da data fixada na declaração de aceitação da jurisdição contenciosa da Corte IDH. Essa tentativa tem por objetivo tornar inócua a opção do Estado em reconhecer a competência da Corte Interamericana em momento posterior à adesão ao Pacto de São José e em limitar sua jurisdição somente aos fatos iniciados após a data indicada no ato de aceitação.

120. A natureza específica e autônoma das violações aos artigos 8º e 25 da Convenção Americana e sua conexão com a competência em razão do tempo desse Tribunal ganhou expressão emblemática no *Caso das Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana*, relevante, entre outras questões, para a compreensão do direito à nacionalidade à luz da jurisprudência da Corte IDH. Nesse caso, a Corte Interamericana considerou que não tinha competência para analisar a negativa de registro de nascimento das vítimas, potencialmente violadora dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, precisamente porque os fatos ocorreram antes do reconhecimento da competência contenciosa do Tribunal:

Este Tribunal no se referirá a las alegadas violaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, debido a que carece de competencia para pronunciarse sobre posibles violaciones concretadas en hechos o actos sucedidos antes del 25 de marzo de 1999, fecha en la cual la República Dominicana reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.¹⁹

¹⁸ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Série C No. 154, pars. 43, 44, 48 e 49.

¹⁹ Corte IDH. *Caso das Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Série C, No. 130. par. 201.

121. É oportuno constatar que, de modo geral, não há como a Corte Interamericana fazer um juízo sobre violações dos artigos 8º e 25 da Convenção, sob a alegação de denegação de justiça, quando os fatos que teriam originado essa denegação de justiça, traduzida em supostas omissões do Estado brasileiro, são anteriores a 10 de dezembro de 1998, data de reconhecimento pelo Brasil da competência contenciosa desse Tribunal. Isso porque, inevitavelmente, a Corte IDH teria que fazer um juízo prévio sobre esses fatos anteriores a 10 de dezembro de 1998 (para verificar a não realização da obrigação de tratar as violações conforme a Convenção Americana), os quais estão fora de sua competência em razão do tempo, o que não é admissível pelas regras de competência temporal do Tribunal aplicáveis ao caso concreto. Dessa forma, é plenamente justificável que o Tribunal exija, como tem feito em diversos casos, que se apontem fatos independentes que possam traduzir violações específicas e autônomas aos artigos 8º e 25 da Convenção Americana. Do contrário, o Tribunal teria competência para analisar quaisquer fatos por suposta denegação de justiça, independentemente de quando teriam ocorrido, por suposta omissão estatal que se iniciou em algum momento no passado e se teria protraído no tempo até os dias de hoje. Tal interpretação não seria razoável porque tornaria sem efeitos a limitação temporal estabelecida pelo Estado no momento de reconhecer a competência contenciosa do Tribunal, o qual atrairia, ainda que indiretamente, a competência sobre qualquer alegado fato violador da Convenção, sob a justificativa aparente de estar analisando, em realidade, os efeitos permanentes de uma situação de injustiça ou impunidade.

122. Algumas das alegações dos representantes, portanto, além de não levarem em conta a soberania estatal, por estender a jurisdição da Corte além dos limites declarados pelo Brasil, violam o regime especial de declarações com limitação temporal instituído pelo art. 62.2, da CADH. Entendimento diverso acabaria por igualar os efeitos de todas as declarações de aceitação da jurisdição da Corte, sejam elas com ou sem limitação temporal, o que desprestigia a vontade dos Estados e os limites por eles impostos, legitimamente, para que se submetam à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

123. **Na situação em debate, os fatos relacionados à prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog ocorreram no ano de 1975, o inquérito policial militar nos anos de 1975 e 1976 e o inquérito policial na Justiça Estadual em 1992 e**

1993. Considerando-se que todos esses fatos se iniciaram e encerraram-se antes de 1998, o Estado brasileiro compreende que essa Honorável Corte não possui competência *ratione temporis* para analisá-los.

124. Esse foi, aliás, o entendimento externado por essa Ilustre Corte no julgamento do *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*, ao definir a data da morte de vítima de desaparecimento forçado como parâmetro para aferição de competência temporal:

O Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998 e, em sua declaração, indicou que o Tribunal teria competência para os “fatos posteriores” a esse reconhecimento. Com base no anteriormente exposto e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado, que pudesse implicar sua responsabilidade internacional, sejam anteriores a esse reconhecimento da competência. Por esse motivo, **fica excluída da competência do Tribunal a alegada execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996, ou seja, dois anos antes de o Brasil reconhecer a competência contenciosa da Corte, bem como qualquer outro fato anterior a esse reconhecimento.**²⁰ (grifo nosso)

125. Alega-se que o Estado é responsável pela violação continuada dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais (arts. 8º e 25, em combinação com o art. 1.1 da CADH) por ausência de investigação judicial completa e imparcial dos fatos segundo o devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis pela prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog. Com base na declaração de aceitação da jurisdição da Corte IDH pelo Brasil e considerando-se que as alegadas violações de direitos humanos teriam se iniciado em data anterior a 10 de dezembro de 1998, o Estado brasileiro compreende que essa Honorável Corte possui competência *ratione temporis* para analisar somente as possíveis violações aos arts. 8º e 25 da CADH eventualmente causadas por fatos comprovadamente iniciados ou que deveriam ter se iniciado após 10 de dezembro de 1998 e que constituam **violações específicas e autônomas de denegação de justiça.**

²⁰ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Série C No. 219. par. 16.

126. Quanto à acusação de “violar o direito à verdade dos familiares da vítima na medida em que se sustentou o falso suicídio por anos, ocultou e denegou acesso à informação relevante sobre o caso e permitiu a impunidade em relação ao ocorrido”, ela não merece prosperar, uma vez que a suposta violação teria ocorrido durante período em que essa Corte não tem competência para pronunciar-se sobre o caso (antes de 10 de setembro de 1998).

III.2. Incompetência *ratione temporis* quanto aos fatos anteriores à adesão à CADH pelo Estado brasileiro (25 de setembro de 1992)

127. A adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992, representa o marco temporal inicial a partir do qual se pode responsabilizar o Estado brasileiro por violações àquele tratado.

128. Cabem, quanto à interpretação dos efeitos temporais da aludida adesão, os comentários lançados acima a respeito da compreensão do artigo 28 da CVDT.

129. Nesse sentido, essa Egrégia Corte deve reconhecer sua incompetência *ratione temporis* para conhecer das supostas violações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos causadas por fatos anteriores à ratificação da CADH pelo Estado brasileiro.

130. À vista do exposto, notadamente da data de adesão do Estado brasileiro à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, essa Colenda Corte Interamericana deve reconhecer sua incompetência *ratione temporis* para conhecer e julgar supostas violações da CADH iniciadas antes da data de adesão do Brasil à Convenção (25 de setembro de 1992), o que significa afastar da análise de mérito os fatos relacionados à prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog, o inquérito policial militar, iniciado em 1975 e o inquérito policial na Justiça Estadual, iniciado em 1992, mas em data anterior a 25 de setembro.

131. *Ad argumentandum tantum*, caso esta preliminar não seja acolhida *in totum*, o Estado solicita a essa Honorável Corte que reconheça que, no que se refere ao inquérito policial instaurado em 1992, apenas eventual violação autônoma e específica aos arts. 8º e 25 da CADH, ocorridas após 25 de setembro de 1992, esteja em seu âmbito de jurisdição, sem prejuízo da exceção preliminar precedente.

III.3. Incompetência *ratione materiae* para analisar supostas violações aos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura

132. A incompetência *ratione materiae* impede a análise do mérito relativo à suposta ofensa por parte do Estado brasileiro aos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura – CIPPT, conforme veremos.

133. O Estado brasileiro tem conhecimento de que essa Colenda Corte possui diversos julgados reconhecendo que tem competência para julgar casos relativos a violações da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura – CIPPT, em razão do disposto na parte final do artigo 8º da citada Convenção:

Artigo 8

Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura, no âmbito de sua jurisdição, o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial.

Quando houver denúncia ou razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal.

Uma vez esgotado o procedimento jurídico interno do Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, **cuja competência tenha sido aceita por esse Estado.** (grifo nosso)

134. Ocorre que, segundo a compreensão do Estado, referido artigo dispõe expressamente que o Estado deve manifestar aceitação da competência das instâncias internacionais que poderão receber e apreciar determinado caso pautado na CIPPT. Trata-se, portanto, de mais uma manifestação da tradicional cláusula de reconhecimento facultativo de jurisdição internacional obrigatória.

135. O conteúdo normativo é diverso, pois, daquele encontrado em outros tratados e segundo o qual se reconhece, no próprio tratado, a jurisdição contenciosa dessa Honorable Corte ou de algum outro tribunal, a exemplo do que se tem no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Protocolo de São Salvador (artigo 19.6):

Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

136. Não custa enfatizar as diferentes formas com que os negociadores internacionais lidaram com a questão: enquanto no Protocolo de San Salvador os Estados Partes, a um só tempo, aderiram ou ratificaram o instrumento e aceitaram a jurisdição contenciosa dessa Corte para apreciar possíveis violações ao artigo 8º, a, e ao artigo 13, daquele tratado, por implicação imediata do disposto em seu art. 19.6, na CIPPT a aceitação da jurisdição contenciosa de qualquer instância internacional depende de outro ato volitivo do Estado, em que expressamente se reconheça a aceitação da jurisdição internacional para apreciar possíveis violações àquela Convenção.

137. Assim, embora tenha se obrigado a adotar medidas efetivas para prevenir e punir a tortura, nos termos do art. 1º da CIPPT, o Estado brasileiro, por enquanto, não anuiu com a competência da Corte Interamericana para receber e examinar supostos casos de violação a essa Convenção.

138. O reconhecimento da competência deve estar baseado na vontade estatal de querer se submeter à jurisdição contenciosa internacional e, nesse sentido, o Estado brasileiro não reconheceu qualquer competência da Ilustre Corte Interamericana de Direitos Humanos para analisar fatos relativos a supostas violações da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

139. De fato, com exceção daqueles tratados de que o Brasil é parte e que trazem, nele próprio, a aceitação da jurisdição contenciosa desse Tribunal, conforme explicado acima, a única manifestação de vontade do Estado brasileiro no que se refere ao reconhecimento da competência dessa Corte restringe-se a casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Este é o teor do art. 1º do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002, por meio do qual o Estado brasileiro expressou esse reconhecimento, a saber:

Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Derechos Humanos **em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Derechos Humanos (Pacto de São José)**, de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. (grifo nosso)

140. Inexistindo manifestação de vontade complementar do Estado, em relação à CIPPT, não é possível afirmar que a competência da Corte tenha sido aceita no que se refere a casos relativos à interpretação e aplicação dessa Convenção.

141. Interpretação diversa do citado artigo 8º, que resulte em dizer que quaisquer tribunais que o Estado brasileiro já tenha aceitado a competência podem apreciar casos relativos à interpretação e aplicação da CIPPT, colide com o princípio universalmente aceito do livre consentimento e com a regra *pacta sunt servanda*.

142. Analisando a competência dos órgãos do Sistema Interamericano de Derechos Humanos em relação a instrumentos distintos da Convenção Americana, o juiz Sergio García Ramírez, no *Caso Penal Miguel Castro-Castro vs. Peru*, entendeu como extremamente perigosa uma ampliação de competência não prevista, pondo em risco o conjunto de direitos e liberdades das pessoas. Veja-se:

15. Las potestades de un órgano jurisdiccional derivan, necesariamente, de la norma que lo instituye, organiza y gobierna. Esta vinculación entre norma jurídica, por una parte, y jurisdicción, por la otra --expresión, en el orden jurisdiccional, del principio de legalidad--, constituye una preciosa garantía para los justiciables y un dato natural y necesario del Estado de Derecho. Sería inadmisibile y extraordinariamente peligroso para las personas que un órgano jurisdiccional pretendiese “construir”, a partir de su voluntad, la competencia que le parezca pertinente. Este “voluntarismo creador de jurisdicción” pondría en riesgo el conjunto de los derechos y las libertades de las personas y constituiría una forma de tiranía no menos lesiva que la ejercida por otros órganos del poder público. Es posible que resulte aconsejable, conforme a la evolución de los hechos o del derecho, extender el ámbito jurisdiccional de un órgano de esta naturaleza, a fin de que concurra mejor a la satisfacción de necesidades sociales. Pero esa extensión debe operar a partir de la reforma normativa y no apenas de la decisión voluntariosa --y en esencia arbitraria-- del órgano jurisdiccional.²¹

143. Tal como bem exposto pelo juiz Sergio García Ramírez, essa vinculação entre a norma jurídica e a jurisdição é expressão do princípio da legalidade. Logo, ela

²¹ CORTE IDH. *Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Peru*. Sentença de 25 de novembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

não pode ser uma vinculação aberta, indefinida ou indireta, prescindindo de clara e expressa manifestação do Estado a respeito de quais instrumentos normativos podem ser apreciados e aplicados por umas e outras instâncias internacionais.

144. Em face do exposto, o Estado brasileiro solicita que essa Honorável Corte declare sua incompetência *ratione materiae* para processar e julgar possíveis violações à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura cometidas pelo Estado brasileiro, diante da ausência de reconhecimento de sua jurisdição para tanto.

III.4. Incompetência *ratione temporis* quanto aos fatos anteriores à entrada em vigor da CIPPT para o Estado brasileiro (19 de agosto de 1989)

145. A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura traz a seguinte disposição, em seu artigo 22:

Artigo 22. Esta Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que tenha sido depositado o segundo instrumento de ratificação. Para cada Estado que ratificar a Convenção ou a ela aderir depois de haver sido depositado o segundo instrumento de ratificação, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que esse Estado tenha depositado seu instrumento de ratificação ou adesão.

146. Assim, considerando que a Convenção passou a ter vigência em 28 de fevereiro de 1987, nos termos do art. 22 acima, e que o depósito pelo Brasil do seu instrumento de ratificação ocorreu em 20 de julho de 1989, tem-se que a Convenção entrou em vigor, para o Brasil, 30 dias após essa data, ou seja, em 19 de agosto de 1989. Esse é o marco temporal inicial a partir do qual se pode responsabilizar o Estado brasileiro por violações àquele tratado.

147. Cabem, quanto à interpretação dos efeitos temporais da aludida adesão, os comentários lançados acima a respeito da compreensão do artigo 28 da CVDT.

148. Nesse sentido, ainda que essa Egrégia Corte entenda ser competente em razão da matéria para apreciar supostas violações à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, o Estado solicita que se reconheça sua incompetência *ratione temporis* para conhecer das supostas violações à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura causadas por fatos anteriores à entrada em vigor da referida

Convenção para o Estado brasileiro, entre as quais as relacionadas à prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog e o inquérito policial militar, de 1975.

III.5. Inobservância do prazo de submissão de petição junto à CIDH quanto às supostas violações aos arts. 8.1 e 25 da CADH e ao art. 8º da CIPPT

III.5.1. Sobre o instituto

149. A Convenção Americana dispõe textualmente que a irresignação de vítimas ou seus representantes quanto ao desfecho de recursos internos manejados para investigar e reparar violações de direitos humanos precisa ser apresentada à CIDH em até seis meses após aquele esgotamento:

Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva.

150. O Regulamento da CIDH reproduz o teor da norma convencional:

A Comissão considerará as petições apresentadas dentro dos seis meses contados a partir da data em que a presumida vítima haja sido notificada da decisão que esgota os recursos internos²².

151. O objetivo da norma é o de garantir a segurança jurídica, conforme bem registrado por essa Corte no *Caso Mémoli vs. Argentina*, citando entendimento da Comissão Interamericana sobre o dispositivo e também da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre norma de teor semelhante:

30. En relación con el requisito establecido en el artículo 46.1.b de la Convención, esta Corte ha señalado que debe ser aplicado de acuerdo con los hechos del caso específico en orden a que se asegure el ejercicio efectivo del derecho a presentar peticiones individuales. Por su parte, la Comisión Interamericana ha reconocido que “[l]os principios sobre los que descansa el sistema interamericano de derechos humanos ciertamente incluyen el de certeza jurídica, que es la base de la regla de los seis meses y del plazo razonable cuando se aplican las excepciones al agotamiento de los recursos internos”. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “Tribunal Europeo”) ha establecido que el

²² CIDH. Regulamento modificado em seu 147º período de sessões (8 a 22 de março de 2013), art. 32, §1º.

propósito de la regla similar en el Sistema Europeo es promover la seguridad jurídica, garantizar que los casos que presenten cuestiones relativas al Convenio Europeo de Derechos Humanos sean examinados dentro de un plazo razonable, y proteger a las autoridades y otras personas involucradas de encontrarse en una situación de inseguridad por un largo período de tiempo.²³

152. Excepcionalmente, em certas hipóteses, o prazo de seis meses não se aplica. Nessas situações, segundo o Regulamento da CIDH, a petição deve ser apresentada em prazo razoável:

2. As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos²⁴.

Nos casos em que sejam aplicáveis as exceções ao requisito de esgotamento prévio dos recursos internos, a petição deverá ser apresentada dentro de um prazo razoável, a critério da Comissão. Para tanto, a Comissão considerará a data em que haja ocorrido a presumida violação dos direitos e as circunstâncias de cada caso²⁵.

153. Conforme será demonstrado a seguir, não foi observado o prazo razoável ou, subsidiariamente, o prazo de 6 meses, no que se refere às supostas violações decorrentes da alegada ausência de persecução penal.

III.5.2. Do termo *a quo* para o cômputo do prazo para fins de admissibilidade: da necessidade de controle de legalidade pela Corte IDH do juízo da CIDH quanto à aferição desse prazo

154. No presente caso, a CIDH aplicou a exceção ao prévio esgotamento dos recursos internos prevista no artigo 46.2.a da Convenção Americana, tendo em vista que a Lei de Anistia brasileira configuraria hipótese de ausência de devido processo legal para a proteção dos direitos que se alega terem sido violados. Dessa forma, passou ao exame do prazo razoável no caso concreto, o que, na opinião do Estado, foi feito em

²³ CORTE IDH. *Caso Mémoli Vs. Argentina*. Sentença de 22 de agosto de 2013 (Exceções Preliminares, mérito, reparações e custas). par. 30.

²⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 46, §2º.

²⁵ CIDH. Regulamento modificado em seu 147º período de sessões (8 a 22 de março de 2013), art. 32, §2º.

desacordo com uma técnica jurídica adequada, razão pela qual o Estado requer que essa Corte realize o controle de legalidade dos atos da CIDH.

155. O Estado recorda que esse Tribunal manifestou, na Opinião Consultiva OC-19/05, de 28 de novembro de 2005 que "la Comisión debe respetar los lineamientos establecidos en la Carta de la OEA (artículo 106), la Convención Americana (artículos 41.f, 44 a 51), el Estatuto (artículos 23 y 24) y el Reglamento del propio órgano, que determinan el marco para la legalidad de sus procedimientos".

156. No Relatório de Admissibilidade, a CIDH não identificou, todavia, de forma precisa, qual seria o termo *a quo* para aferição do prazo razoável. A Comissão, em verdade, deixa de considerar os fatos principais do caso neste momento da análise de admissibilidade (prisão arbitrária, tortura e morte da vítima), para considerar o questionamento da Lei de Anistia como elemento central da petição, e avaliar como elementos adicionais (i) o caráter contínuo da impunidade dos fatos; (ii) as tentativas internas de questionamento da validade dessa lei, (iii) assim como as medidas de reparação que foram tomadas pelo Estado brasileiro no passado recente, inclusive a última tentativa frustrada de reabrir as investigações quanto à morte da vítima. Com isso, a CIDH conclui:

38. Com base no acima exposto, especialmente levando em conta que **os peticionários denunciam a incompatibilidade da Lei 6.683/79 com a Convenção Americana**, bem como a **contínua impunidade a respeito das violações praticadas contra a suposta vítima**, que presumidamente persiste até esta data em virtude da Lei de Anistia, a CIDH conclui que a petição foi apresentada dentro de um prazo razoável e que atende ao requisito disposto no artigo 32.2 do Regulamento da CIDH. Ao adotar esta decisão, a Comissão Interamericana também considera as circunstâncias específicas relacionadas com **as sucessivas tentativas do Ministério Público Estadual, do Ministério Público Federal e da Ordem dos Advogados do Brasil de questionar judicialmente a validade da Lei de Anistia brasileira**, e que se estenderam até 2010 [ano da decisão do STF sobre a ADPF nº 153]; bem como **os fatos sucessivos que ocorreram a partir da promulgação da Lei 9.140, em 1995**, a consequente criação da CEMDP, e seu Relatório Final publicado em 2007. (grifo nosso)

157. O Estado brasileiro considera que a CIDH tinha a obrigação de identificar o início da contagem do prazo razoável e que os parâmetros eleitos para aferição desse prazo não são válidos à luz dos precedentes da própria CIDH.

158. Primeiro, é oportuno recordar que, como estabelecido na Opinião Consultiva OC-14/94, de 9 de dezembro de 1994, "La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos". O controle de convencionalidade de leis não pode, portanto, ser o objetivo principal do sistema de petições, que está centrado na figura de vítimas concretas. Dessa forma, não é válido considerar a data da promulgação da Lei de Anistia para aferição do prazo razoável e, mesmo que o fosse, passaram-se quase 30 anos entre a promulgação daquela lei, em 28 de agosto de 1979, e a apresentação da petição deste caso à CIDH em 19 de julho de 2009. De forma semelhante, considerar os questionamentos, em abstrato, à Lei de Anistia no âmbito doméstico também não é válido para aferição do prazo razoável, pois o objetivo principal da petição é reparar violações que têm como aspecto central a vítima, e não resolver questões abstratas.

159. Segundo, não parece adequado considerar que as tentativas de investigação e as medidas de reparação do Estado possam ser consideradas como marco temporal para aferição de prazo razoável, pois o objetivo das petições dirigidas à CIDH certamente não é questionar medidas de reparação consumadas ou tentadas.

160. Terceiro, o invocado caráter contínuo da impunidade dos fatos não leva em conta nenhum marco temporal de referência, o que impede qualquer análise de prazo razoável. Poder-se-ia cogitar que seria justificável não haver nenhum limite temporal para a apresentação de petições quando o Estado poderia ter tomado as ações devidas para corrigir uma violação continuada. Não obstante isso, a partir de 28 de agosto de 1979, não havia recurso interno capaz de promover a investigação, processamento e punição de autores das violações sofridas por Vladimir Herzog, as quais não são de caráter continuado, mas instantâneo e constituem os principais fatos do caso.

161. Vale registrar, ainda, que, além da inexistência de recurso interno, não havia para as vítimas, neste específico caso, meios para apresentar petições ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) tendo como parâmetro a Convenção Americana, visto que somente em 1992 o Estado brasileiro realizou sua adesão a esse tratado. Ainda assim, 17 anos não parecem ser um prazo razoável para a apresentação da petição à CIDH.

162. É fato que, mesmo com a internalização da Convenção Americana no ordenamento jurídico brasileiro em 1992, a Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) continuava impedindo que ações ou recursos internos fossem iniciados para a persecução penal dos envolvidos no caso concreto. Por essa razão, a partir de 1992, as organizações peticionárias já podiam apresentar sua petição à Comissão tendo como referência aquele tratado internacional. E mais, desde 1992, diante da falta de recursos internos, não se lhes aplicava a regra do prazo de 6 meses, mas sim a norma de exceção que lhes impunha o dever de apresentar a petição dentro de um prazo razoável.

163. De acordo com o artigo 32 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para aferir a razoabilidade de prazos, quando ocorrer impedimento ao esgotamento dos recursos internos, a Comissão deve levar em consideração a data do fato violador e as circunstâncias do caso.

164. A Comissão Interamericana já teve a oportunidade de se manifestar acerca do critério da razoabilidade de prazos em mais de uma ocasião. Cite-se, por exemplo, o Relatório nº 20/02, de 27 de fevereiro de 2002, em que a Comissão declarou a inadmissibilidade da petição (caso *Santos Hernán Galeas González vs. Honduras*), **por considerar não razoável o lapso de 4 (quatro) anos entre a data do último e suposto fato violador** e o momento da apresentação da denúncia. No mesmo caso, também **não foi considerado razoável, resultando em rejeição da petição, o prazo de 2 (dois) anos** invocado pelos peticionários, quando se consideraria como marco da sua contagem não o último ato violador, mas, sim, **a concessão de asilo em país estrangeiro**. Vale conferir:

28. Tendo em vista a aplicabilidade da exceção ao requisito prévio de esgotamento de recursos internos ao presente caso, corresponde à Comissão determinar se esta foi interposta dentro de um prazo razoável, como estipula o artigo 32, parágrafo 2º do Regulamento da Comissão. A este respeito, a Comissão observa que transcorreram quatro anos entre o período em que ocorreu o último e suposto fato violatório e o momento em que peticionário apresentou sua denúncia à CIDH, isto é, a última ameaça foi recebida em fevereiro de 1992, depois da qual o senhor Galeas decidiu mudar-se para os Estados Unidos. A critério da Comissão, quatro anos não constituem um prazo razoável no presente caso, já que a vítima poderia ter apresentado sua denúncia em qualquer momento a partir de sua saída de Honduras. Ainda que a CIDH aceitasse o argumento do peticionário de que a data deve ser contada a partir da concessão do asilo nos Estados Unidos em 1994, a CIDH nota que transcorreram dois anos mais para

que a petição fosse apresentada em 1996, o que também excede o limite de razoabilidade.

165. E não se diga que a CIDH trata os casos de tortura com maior flexibilidade no momento de análise do requisito do prazo razoável. No caso *Gaybor Tapia y Colon Eloy Muñoz vs. Ecuador* (Relatório nº 100/06, de 21 de outubro de 2006), que trata de supostos atos de tortura praticados contra várias supostas vítimas por policiais, a CIDH **considerou 7 anos um prazo não razoável** e o termo *a quo* foi claramente identificado como "*la fecha en que los hechos fueron puestos en conocimiento del juez*"

20. Conforme a los artículos 46.2 de la Convención Americana y 32.2 del Reglamento de la CIDH, **la regla no se aplica cuando ha sido imposible agotar los recursos internos por falta del debido proceso, denegación de acceso a los recursos o demoras injustificadas en el dictado de una sentencia definitiva. Es cierto que en el presente caso las autoridades tenían el deber de iniciar una investigación de los hechos, por lo que se ha aplicado la excepción al agotamiento de los recursos internos. Sin embargo, no puede obviarse la circunstancia de que efectivamente transcurrieron siete años desde la fecha en que los hechos fueron puestos en conocimiento del juez y el momento en que el peticionario decidió presentar la denuncia a la Comisión Interamericana.** Los principios sobre los que descansa el sistema interamericano de derechos humanos ciertamente incluyen el de **certeza jurídica, que es la base de la regla de los seis meses y del plazo razonable cuando se aplican las excepciones al agotamiento de los recursos internos.**

21. Si bien es cierto que las víctimas no tenían el deber de presentar una denuncia adicional a la que formularon durante el juicio, tampoco hay explicación alguna sobre el motivo por el que se demoraron tanto para acudir a la CIDH. A criterio de la Comisión Interamericana, en las circunstancias del presente caso, no es razonable el plazo transcurrido desde la fecha de los hechos hasta que el peticionario decidió presentar la denuncia, por lo que no se ha cumplido el requisito previsto en el artículo 32.2 del Reglamento.

22. A la luz de su conclusión sobre la falta de agotamiento de los recursos de jurisdicción interna y falta de presentación dentro de plazo razonable, la Comisión Interamericana estima que no es necesario analizar los demás alegatos sobre las partes respecto a la admisibilidad de la petición. (*grifo nosso*)

166. No caso *Márcio Lapoente da Silveira vs. Brasil* (Relatório nº72/08, de 16 de outubro de 2008), que tratava de tortura seguida de morte da vítima, a CIDH **considerou o período de 14 anos razoável** e tomou como termo *a quo* **a data dos fatos, que antecederam a adesão à Convenção Americana pelo Brasil:**

79. A este respeito, a **Comissão observa que a suposta tortura seguida da morte da suposta vítima ocorreu em 9 de outubro de 1990**. É incontestável que se seguiram uma investigação penal e um processo penal perante a jurisdição militar, os quais foram finalmente arquivados em junho de 1994 (*supra* paras. 34 e 49). É também inegável que, simultaneamente com os então pendentes processos penais perante tribunais militares, os familiares da suposta vítima impetraram uma ação civil de indenização em 25 de junho de 1992 (*supra* paras. 36 e 45). **Por último, é inegável que, até esta data, apesar de algumas sentenças proferidas no contexto desta ação civil, não há decisão final que tenha proporcionado qualquer alívio aos familiares da suposta vítima e ainda há recursos pendentes de decisão.**

80. A petição foi submetida à CIDH em 8 de dezembro de 2004. Levando em consideração o exposto (*supra* para. 79), a Comissão observa que, no momento da apresentação da petição, os familiares da suposta vítima ainda estavam ativamente buscando alívio por meio de uma ação civil de indenização (*supra* paras. 36-43 e 45-46). Além disso, tal ação civil continua pendente até esta data. Em visto dessas circunstâncias específicas, neste caso **a Comissão considera que a petição apresentada pelos peticionários em 8 de dezembro de 2004 foi interposta dentro de um prazo razoável, em conformidade com o artigo 32(2) de seu Regulamento.** (*grifo nosso*)

167. No caso *Ivan Rocha vs. Brasil* (Relatório nº5/11, de 22 de março de 2011), que versa sobre desaparecimento forçado, violação de caráter continuado, a **CIDH considerou que o período de 12 anos era razoável** e tomou como termo *a quo a data dos fatos*:

41. No presente caso, o suposto desaparecimento forçado de Ivan Rocha teria ocorrido em 22 de abril de 1991, e até a data de elaboração do presente relatório o Estado não havia concluído as investigações necessárias para esclarecer os fatos e punir os eventuais responsáveis. O processo interno somente conta com uma decisão absolutória a respeito de algumas das pessoas investigadas, adotada em 1994, a qual não deu por concluídas as investigações no âmbito interno. Além disso, as investigações foram feitas num contexto em que, como já havia documentado a CIDH, prevaleciam para este tipo de crime "investigações insatisfatórias, visivelmente incompletas ou manipuladas" e uma "falta de empenho das autoridades para elucidar os crimes." Finalmente, como se mencionou, tanto os peticionários como o próprio Congresso Nacional do Brasil desde então tomaram medidas para que as autoridades judiciais cumpram com a obrigação pendente de esclarecer os assassinatos dos que denunciavam a atuação dos grupos de extermínio na época mencionada.

42. Pelo exposto, considerando que Ivan Rocha pode ter sido vítima de desaparecimento forçado, que se trata de um delito continuado e

de natureza imprescritível, sem que até a presente data se tenha efetivamente investigado, julgado e punido os responsáveis; e considerando o contexto em que ocorreram os fatos, assim como o fato de que a peticionária alega uma denegação continuada de justiça diante da falta de esclarecimento dos fatos, a CIDH conclui que a petição foi apresentada dentro de um prazo razoável, e considera cumprido o requisito do artigo 32.2 de seu Regulamento.

168. Observa-se que os critérios da CIDH para considerar o que é prazo razoável são extremamente flexíveis e que o termo *a quo* varia conforme considerações casuísticas. Ainda assim, é forçoso admitir que o caso Vladimir Herzog trata de violações de caráter instantâneo; que, entre a data dos fatos (25/10/1975) e a data do envio da petição à CIDH (10/07/2009), passaram-se mais de 30 anos.

169. No caso concreto, ainda que se considere, como a CIDH fez, que a Lei de Anistia tornou o devido processo legal inexistente para fins de reparação das violações, é forçoso reconhecer que, entre 28 de agosto de 1979 e 10 de julho de 2009, passaram-se praticamente 30 anos, prazo que não é razoável à luz dos precedentes da própria CIDH. Importante ressaltar que nos casos em que o prazo tido como razoável excedeu a dez anos, o termo *a quo* sempre foi a data dos fatos, mesmo quando ocorridos antes da ratificação da Convenção Americana.

170. Ainda que se considerasse que possa ter havido esgotamento válido dos recursos internos no presente caso e que, portanto, poder-se-ia cogitar do respeito ao prazo dos 6 meses, entre a decisão de arquivamento do inquérito policial que transitou em julgado (21/9/1993) e a data do envio da petição à CIDH (10/7/2009) passaram-se quase 16 anos, muito mais que os 6 meses convencionais.

171. Diante das normas previstas tanto no art. 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos como no art. 32 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Estado brasileiro considera que a petição não poderia ter sido admitida, em virtude de sua apresentação ter sido feita em período muito posterior àquele considerado razoável à luz de antecedentes da própria Comissão Interamericana sobre a matéria. Em último lugar, o Estado considera inadequado que a CIDH tenha utilizado a última tentativa de reabertura das investigações quanto ao caso concreto para a aferição de prazo razoável, o que passa a ser analisado.

172. Os procedimentos instaurados em busca da responsabilização penal pela morte de Vladimir Herzog foram apresentados em maiores detalhes na Seção II desta manifestação. Todavia, mostra-se pertinente recapitular alguns esclarecimentos sobre o procedimento instaurado em 2008.

173. Em 21 de novembro de 2007, o Professor Fábio Konder Comparato protocolizou, na Procuradoria da República no Estado de São Paulo, uma representação com o seguinte teor:

1 – A teoria atual dos direitos humanos reconhece que eles se organizam num sistema regido por princípios, isto é, normas de caráter suprapositivo, com máxima abrangência e abstração, as quais se concretizam por meio de regras positivas, de conteúdo normativo preciso e campo de abrangência delimitado.

[...]

Dentre os primeiros princípios dos direitos humanos consagrados na História, figuram em lugar de destaque o da proteção da segurança e o da igualdade perante a lei.

5 – É fato notório que, durante o regime político inaugurado com o golpe militar de 1964, agentes públicos das diferentes unidades da federação, notadamente da União Federal, praticaram abusos e atos criminosos contra opositores políticos ao regime, em violação ao princípio da segurança pessoal.

[...]

6 – Encerrado o regime militar, competia às autoridades públicas do novo Estado de Direito, instituído com a Constituição Federal de 1988, exercer o dever fundamental de agir contra aos responsáveis por tais desmandos.

Tal, porém, não ocorreu.

[...]

Dessa omissão culposa do Estado em agir penalmente contra os agentes públicos que cometeram tais crimes, resultou a ocorrência de prescrição, salvo no que tange ao crime de ocultação de cadáver (Código Penal, art. 211), em razão do seu caráter permanente.

[...]

Por outro lado, o Estado brasileiro, invocando a ideia de “conciliação e pacificação nacional”, decidiu reconhecer às vítimas ou seus herdeiros, nas hipóteses referidas no inciso anterior, tanto no art. 10, § 3º da Lei n. 9.140, de 4 de dezembro de 1995, com a redação dada pela Lei n. 10.875, de 1º de junho de 2004, quanto na Lei n. 10.559, de 13 de novembro de 2002 (art. 1º, inciso II).

O reconhecimento desse direito a indenização, nos casos especificados pelas citadas leis, implicou, inquestionavelmente, o reconhecimento oficial de uma responsabilidade civil do Estado. A esse título, já foram despendidas pela União Federal (e também por alguns Estados federados) elevadas somas pecuniárias. Mas, até hoje, nenhuma ação regressiva foi intentada contra os agentes ou funcionários causadores dos danos assim ressarcidos com dinheiro público.

7 – A Constituição Federal em vigor é explícita: [...]

Lamentavelmente, a doutrina jurídica nacional não tem salientado que a propositura dessa ação de regresso contra o agente público causador do dano é um dever do Estado. [...]

Ora, até hoje, ao que se saiba, nenhuma medida judicial foi tomada para fazer cumprir esse mandamento constitucional.

É por essas razões que o signatário toma a liberdade de apresentar a presente representação, confiante em que o Ministério Público Federal saberá tomar as medidas cabíveis, a fim de cumprir a sua função superior de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (grifo nosso)

174. Como se verifica, **o objeto da representação era a ausência de ajuizamento, pela União**, de ações de direito de regresso em face dos autores dos danos que ensejaram o pagamento de reparações nos termos da Lei n. 9.140, de 4 de dezembro de 1995, com a redação dada pela Lei n. 10.875, de 1º de junho de 2004, e da Lei n. 10.559, de 13 de novembro de 2002. Esse objeto foi contemplado com a propositura, pelo Ministério Público Federal, da Ação Civil Pública 2008.61.00.011414-5.

175. **A citada representação não se circunscrevia ao caso de Vladimir Herzog e tampouco possuía fins penais. Ao contrário, ela reconhecia expressamente a impossibilidade de apuração penal em razão da ocorrência de prescrição.** Ainda assim, por adotar entendimento jurídico diverso, a Procuradora da República destinatária da representação encaminhou o documento por ofício ao Coordenador da Divisão de Procedimentos Extrajudiciais Criminais, acompanhado de parecer de lavra do Procurador Regional da República Marlon Weichert, o qual asseverava que “*o assassinato de VLADIMIR HERZOG é um dos casos para os quais se impõe a imediata persecução penal*”. Ao final do ofício, requereu-se que fosse determinada a autuação e distribuição a um dos Procuradores da República com atribuição criminal. Feita a distribuição, o Procurador responsável analisou a demanda contida no ofício e concluiu que era caso de arquivamento sumário do expediente, pela

impossibilidade jurídica de se providenciar reabertura das investigações, em razão da existência de coisa julgada material, entre outras razões.

176. **O que ocorreu em 2008 não foi o arquivamento de um inquérito, foi o arquivamento de peças de informação, em razão da existência de coisa julgada material.** Assim, a decisão definitiva a ser considerada, no que se refere à persecução penal, é aquela que consubstancia a coisa julgada material referida no arquivamento da Representação do Professor Fábio Comparato, ou seja, aquela proferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao não conhecer do Recurso Especial interposto em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que concedeu a ordem de *habeas corpus* para trancar o inquérito policial, com trânsito em julgado em 21 de setembro de 1993. É a essa coisa julgada que se refere o artigo 46.1.b da Convenção Americana quando fala em decisão definitiva. O ano de 2008, portanto, não deve ser utilizado a título de marco temporal para a análise de prazo razoável, nem, em hipótese, para a do prazo de 6 meses.

177. Ao contrário do que ocorreu em 2008, em 1992 houve efetivamente uma série de atividades de investigação criminal no bojo do Inquérito Policial nº 487/92, conforme demonstrado na Seção II. Percebe-se, portanto, que se houve uma decisão estatal violadora do dever de processar e punir os responsáveis pela morte e tortura de Vladimir Herzog, o que se admite em caráter argumentativo, essa decisão está consubstanciada na decisão do Superior Tribunal de Justiça que impediu o prosseguimento das investigações criminais sobre os fatos ocorridos em 1975 e que, não custa repetir, se tornou definitiva, por força da coisa julgada, em 21 de setembro de 1993.

178. Veja-se que, em 1993, o Estado brasileiro já vivia em ambiente democrático e já havia aderido à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de forma que seria possível a apresentação de petição à Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos.

179. O arquivamento das peças de informação, em 2008, não poderia ser utilizado como termo *a quo* para contagem do prazo de 6 meses, sob pena de tornar inútil o disposto no artigo 46.1.b da Convenção Americana, e, de igual forma, não deveria ter sido utilizado para aferição do prazo razoável, como fez a CIDH no Relatório de Admissibilidade, pois em qualquer caso contendo decisão definitiva seria

possível formular um requerimento de reabertura do processo – ainda que tal reabertura não seja juridicamente possível. Assim, em qualquer caso, ainda que já encerrado há anos, seria possível reabrir a contagem do prazo de 6 meses ou criar novos marcos para a análise do prazo razoável com envio de um ofício a uma autoridade pública e, com isso, atender o disposto no artigo 46.1.b da Convenção Americana ou no artigo 32.2 do Regulamento da CIDH.

180. O Estado brasileiro manifesta, portanto, preocupação com as consequências da aceitação de interpretação que considere o procedimento de 2008 como termo *a quo* do prazo razoável ou, hipoteticamente, do prazo de 6 meses, por ser interpretação geradora de grande insegurança jurídica.

181. Por esses fundamentos, o Estado brasileiro roga a essa Honorável Corte que reconheça a inadmissibilidade do presente caso, por violação do prazo razoável para submissão de petição à CIDH, sobretudo em se tratando de casos cujos fatos principais constituem violação de caráter instantâneo.

III.6. Não interposição de recursos internos para obtenção de reparação pecuniária por supostas violações aos arts. 8º e 25 da CADH e reparações de qualquer natureza quanto à violação do art. 5.1 da CADH

III.6.1. Sobre a compreensão do requisito

182. Tradicional é a regra de Direito Internacional que impõe dever ser conferida ao Estado a oportunidade de reparar internamente supostas violações a direitos humanos ocorridas em seu território, antes que se possa exercer qualquer jurisdição internacional. Tal preceito reforça o caráter subsidiário e complementar do sistema internacional, particularmente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em relação à jurisdição doméstica, ao mesmo tempo que reforça o papel do Estado enquanto ente que detém a responsabilidade primária de promover a devida reparação.

183. A interposição e esgotamento prévios dos recursos internos, talvez em decorrência da sua importância para o bom funcionamento do Sistema, é o primeiro requisito de admissibilidade das petições apresentadas perante a Comissão, nos termos do artigo 46 da Convenção:

Art. 46, 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;

184. A incidência do requisito e da sua devida compreensão é sedimentada e indiscutível, já tendo sido expressamente declarada pela Corte Interamericana em situações diversas. O *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* é emblemático nesse sentido:

A regra do prévio esgotamento dos recursos internos permite ao Estado resolver o problema em conformidade com seu direito interno antes de se ver enfrentado em um processo internacional, o qual é especialmente válido na jurisdição internacional dos direitos humanos, por esta ser "coadjuvante ou complementar" à interna (Convenção Americana, Preâmbulo)²⁶.

185. Note-se que a Convenção Americana dispõe que o requisito estará devidamente satisfeito quando os recursos tiverem sido interpostos e esgotados. Isso não é por acaso. Em diversas situações o peticionário logra comprovar a interposição, mas não seu esgotamento; em outras, não há qualquer prova ou sequer alegação de interposição do necessário recurso. A distinção também se reflete sobre as hipóteses que excepcionam o requisito. Enquanto certas hipóteses excepcionam a própria interposição do recurso (art. 46, 2, a e b, primeira parte, da Convenção), outras excepcionam somente seu esgotamento, de maneira que a interposição continua sendo necessária (art. 46, 2, b, in fine, e c, da Convenção). Mais ainda, a percepção dessa dupla face do requisito é decisiva para a correta compreensão do ônus de provar a interposição e esgotamento prévios e, especialmente, a hipótese que o excepciona, conforme será demonstrado adiante.

186. Ademais, a devida compreensão do requisito anuncia que é preciso recorrer primeiramente à jurisdição doméstica para se buscar o reconhecimento de determinada violação de direitos humanos protegidos internacionalmente, assim como sua devida reparação. Se a finalidade última do requisito é permitir ao Estado que possa remediar danos causados por suposta violação de direitos humanos consagrados na Convenção, é necessário que os recursos internos manejados sejam aptos a promover reparação. A

²⁶ CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988 (Mérito). Série C. Nº 4, par. 61.

finalidade reparatória/remediadora dos recursos internos a serem manejados pelas vítimas é reconhecida claramente por essa Corte:

En este caso, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, **antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios**²⁷. (grifo nosso)

187. No *Caso Acevedo Jaramillo et al. Vs. Peru* essa Colenda Corte também deixou claro que o esgotamento de recursos internos adequados e efetivos é ao mesmo tempo obrigação e direito do Estado, já que é por meio dos recursos internos que o Estado pode reconhecer e reparar a violação de direitos humanos e com isso não ser submetido a foros internacionais:

[...] The Court makes clear that the State is the principal guarantor of human rights and that, as a consequence, if a violation of said rights occurs, the State must resolve the issue in the domestic system and redress the victim before having to answer before international fora, such as the Inter-American System for the Protection of Human Rights; as it derives from the ancillary nature of the international system in relation to local systems for the protection of human rights.²⁸

188. Nesse sentido, ao Estado deve ser dada a oportunidade de promover, por determinado recurso interno, esse duplo efeito: reconhecimento e reparação. Logo, não pode a vítima ou seu representante buscar diretamente a tutela jurisdicional internacional sem antes promover a utilização de recurso interno com esse duplo objetivo. O reconhecimento de violação de direitos humanos e a reparação dele decorrente só podem ser solicitados à jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos se ambos – reconhecimento e reparação – foram antes objeto de recurso manejado na jurisdição doméstica.

189. Ao promover recurso interno para simplesmente reconhecer violação ao direito à vida de pessoa assassinada por agente do Estado, por exemplo, não pode o familiar da vítima buscar reparação pecuniária junto a jurisdição internacional sem antes

²⁷ CORTE IDH. *Asunto Viviana Gallardo y otras*. Decisão de 13 de novembro de 1981. Série A. Nº 101, par. 26.

²⁸ CORTE IDH. *Caso Acevedo-Jaramillo et al. Vs. Peru*. Sentença de 24 de novembro de 2006 (Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Série C. Nº 157, par. 66.

buscar essa reparação por meio do adequado recurso interno. É fundamental dar ao Estado a oportunidade de realizar essa reparação, sob pena de afronta a um dos pilares de funcionamento de todo o Sistema. **Não pode o Estado, reprise-se, ser surpreendido com um pedido de reparação pecuniária perante qualquer jurisdição internacional sem nunca antes ter tido a oportunidade de promover tal reparação domesticamente.** Essa situação revela ofensa à responsabilidade primária do Estado de reconhecer e reparar violações de direitos humanos e à natureza subsidiária do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

El fundamento de esta regla es proporcionar al Estado la oportunidad de reparar, por sus propios medios, la situación jurídica infringida; por consiguiente, los recursos internos deben ser de tal naturaleza que suministren medios eficaces y suficientes para alcanzar ese resultado. Antes de que la Corte se pronunciara sobre el particular, la misma Comisión ya había tenido oportunidad de señalar su criterio sobre la naturaleza de los recursos que hay que agotar.²⁹ (grifo nosso)

190. A limitação da jurisdição internacional para determinar reparações pecuniárias sem que antes tal reparação tenha sido buscada na jurisdição doméstica é reconhecida no Sistema Europeu de Direitos Humanos:

The award of damages, the Court's other main avenue of providing just satisfaction, involves a more incisive remedial role of the Court, and is intended to provide direct relief to the applicant. Like the issuance of declaratory judgments, however, the power to order damages also is constrained by the principle of subsidiarity and can be exercised only when the Court "is satisfied that the injured party cannot obtain adequate reparation under the national law of the State concerned."³⁰

191. Por tudo isso, antes de elevar determinada violação de direitos humanos ao conhecimento dos órgãos internacionais de proteção e de solicitar-lhes determinada reparação, cabe à vítima ou a seu representante manejar o recurso interno que lhe permita obter providência de igual teor e abrangência, ou seja, decisão sobre o mesmo reconhecimento e reparação.

²⁹ LEDESMA, Héctor F. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 303.

³⁰ NIFOSI-SUTTON, Ingrid. The Power of the European court of human rights to order specific non-monetary relief: a critical appraisal from a right to health perspective. *Harvard Human Rights Journal*, 2010, Vol. 23, p. 54.

192. Cabe ressaltar, por fim, que se bem compete à Comissão apreciar em primeiro lugar a observância do prévio esgotamento dos recursos internos, essa Corte tem competência para revisar todas as questões conhecidas e decididas pela Comissão, o que ora se requer:

Es a la Comisión a la que corresponde esa apreciación, sin perjuicio de que, respecto de lo actuado por ella antes de que el caso haya sido sometido a la Corte, ésta tiene la facultad de revisar in todo lo que aquella haya hecho y decidido (Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1, párr. 29; Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 34 y Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 32).³¹

III.6.2. Sobre as situações que dispensam a interposição de recursos internos ou seu esgotamento

193. As excepcionais situações em que se relativiza a incidência do requisito são somente aquelas trazidas pela própria Convenção Americana:

Art. 46. 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.³²

194. Nas situações em que o não esgotamento de recursos internos é justificado pelo peticionário a partir de uma das exceções acima, a análise do requisito se relaciona com a suposta violação pelo Estado de seu dever de prover recursos adequados e efetivos para proteção judicial, ou seja, com uma suposta nova violação das obrigações do Estado decorrentes da Convenção. Em muitos casos, portanto, a questão do não esgotamento de recursos internos se aproxima da questão de mérito.

195. Isso não pode significar, contudo, que é desnecessário esgotar recursos internos adequados e efetivos diante da alegação de suposta violação aos direitos de

³¹ CORTE IDH, *Opinião Consultiva OC 11/90, de 10 de agosto de 1990*. Exceções ao esgotamento dos recursos internos (art. 46.1, 46.2.a e 46.2.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Série A. Nº 11, par. 39.

³² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, art. 46, §2º.

garantias judiciais (art. 8º) e proteção judicial (art. 25) previstos na Convenção. Se o Estado não oferece recursos internos adequados (e com isso viola, por exemplo, o art. 25 da Convenção) e por isso a vítima busca sua reparação, inclusive pecuniária, é preciso buscá-la primeiro na jurisdição doméstica.

196. Especificamente quanto à dispensa de esgotamento de recursos internos quando estes sofrem demora injustificada para a sua conclusão (art. 46, 2, c, da Convenção), o Estado brasileiro conhece o entendimento dessa Corte no sentido de que processos judiciais que tardam mais de cinco anos sem sentença ultrapassam a duração razoável a que faz referência o art. 8.1 da Convenção, e que tais processos só podem ser aceitos como recursos adequados se o Estado trazer “explicação convincente para justificar a demora”³³. Resta claro, portanto, que essa Honorável Corte reconhece haver razões aptas a justificar a demora processual em certos casos e que compete aos Estados demonstrar, de modo convincente, a incidência dessas razões em cada caso.

197. No presente caso, há recursos internos adequados para a proteção dos direitos que se alega tenham sido violados e para obter as reparações decorrentes de comprovadas violações. **Não obstante, embora possível o acesso a referidos recursos e obtenção de reparações, eles não foram acionados, de forma que é possível dizer que o Estado não pagou indenização adicional àquela paga administrativamente porque não lhe foi solicitado, não lhe foi dada a oportunidade para tanto.** É o que se passa a demonstrar, destacando, desde logo, que, no âmbito deste processo, e conforme já ofertado aos representantes das vítimas, o Estado permanece disposto a negociar eventual acordo de solução amistosa, assim como a analisar pedidos que sejam formulados nas vias internas que estão à disposição das vítimas: Comissão de Anistia e Poder Judiciário.

III.6.3. Não houve interposição de qualquer recurso interno para obtenção de reparação pecuniária por danos morais e materiais adicionais ao já pago administrativamente ou para acesso a informação sob a guarda de órgão do Estado

³³ CORTE IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia*. Sentença de 4 de fevereiro de 2000 (Exceções Preliminares), Série C, No. 67, par. 38; CORTE IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua*. Sentença de 29 de janeiro de 1997.

198. A questão da não interposição dos recursos internos para obtenção de reparação pecuniária por danos materiais e morais, no presente caso, deve ser feita levando-se em consideração os pontos a seguir expostos:

199. Existem recursos internos e eles são efetivos.

200. **Há sentença da Justiça Federal brasileira reconhecendo a responsabilidade da União pela prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog e, portanto, o dever de indenizar. Só não restou fixado o *quantum debeatur*, o que deveria ser feito em ação própria, uma vez que a opção foi por ação declaratória e não condenatória.**

201. **Não há justificativa para ausência de postulação de indenização perante a jurisdição interna.** A própria sentença da Justiça Federal demonstra a existência de ambiente favorável ao pleito, em especial sob a égide da Constituição de 1988.

202. Houve pedido administrativo que foi acatado por unanimidade e que resultou no pagamento de indenização no valor de R\$100.000,00 (quantia, à época, equivalente a US\$ 100.000,00, conforme reconhecido no EPAP, fl. 141), o que demonstra que o Estado não se furtou ao dever de buscar reparar os danos causados sempre que instado.

203. Fora o pedido administrativo, que foi atendido, não há notícia de outro pedido, que tenha sido feito e negado, de forma que o Estado não pagou porque não foi solicitado em momento algum.

204. No ordenamento jurídico brasileiro, existem recursos não só disponíveis aos cidadãos, mas também bastante efetivos, quando se busca o reconhecimento da responsabilidade do Estado. Registra-se que os tribunais pátrios reconhecem a responsabilidade objetiva do Estado quando constatados: a) existência do dano; b) existência de ação ou omissão administrativa; c) incidência de nexo de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o dano observado. Nesse sentido, é corriqueiro o uso de ação condenatória com o objetivo de obter condenação da Administração ao pagamento de indenização por danos materiais e/ou morais, assim como o manejo de recursos de apelação ou aos tribunais superiores, caso necessário.

205. A fim de demonstrar que os recursos internos existem e são efetivos, seguem, exemplificativamente, julgado do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, esse último com competência territorial que abrange os estados de São Paulo e do Mato Grosso do Sul:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DITADURA MILITAR. SARGENTO EXPULSO DO EXÉRCITO, PRESO ARBITRARIAMENTE E ENCONTRADO MORTO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. VALOR DA INDENIZAÇÃO E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. JUROS COMPOSTOS. DESCABIMENTO. SÚMULA 186/STJ. JUROS MORATÓRIOS. 1.** Cuidam os autos de Ação Ordinária ajuizada em 1973, com o fito de obter indenização decorrente do falecimento de ex-sargento do Exército, cônjuge da autora. 2. O fato ocorreu em 1966 e ficou conhecido como "o caso das mãos amarradas". **Segundo narrou a autora, em síntese, seu marido foi expulso do Exército por força do Ato Institucional 1/1964; em 11.3.1966 foi preso arbitrariamente e levado ao Dops, onde foi torturado por mais de uma semana. Depois, foi conduzido à Ilha do Presídio, de onde lhe enviou algumas cartas juntadas aos autos como prova; em 13.8.1966 foi novamente enviado ao Dops, tendo sido torturado e assassinado; em 24.8.1966 seu corpo foi encontrado boiando, com as mãos amarradas, no Rio Jacuí. 3. O Juízo de 1º grau proferiu sentença em 11.12.2000. O pedido foi julgado parcialmente procedente, e a União condenada a pagar: a) pensão mensal vitalícia com base nos arts. 1.537, 1.539 e 1.540 do Código Civil revogado, desde 13.8.1966 e no valor da remuneração integral que a vítima recebia, compensados os valores já pagos a título de pensão militar; b) despesas de funeral, viagem e luto familiar; e c) indenização por danos morais no montante de R\$ 222.720,00 (duzentos e vinte e dois mil, setecentos e vinte reais). O Tribunal Regional Federal desproveu a Apelação e a Remessa Necessária. 4. Não se conhece de Recurso Especial em relação à ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF. 5. A interpretação ampla ao pedido de indenização pelos prejuízos causados, de modo a incluir na condenação os danos morais provados nos autos, não viola os arts. 128 e 460 do CPC. Precedentes do STJ. 6. Ainda que tenha sido paga a indenização estabelecida na Lei 9.140/1995, subsiste interesse processual em pleitear reparação por danos morais e materiais em maior extensão. Precedentes do STJ. 7. A indenização por danos morais foi feita com base em extensa e minuciosa análise dos elementos probatórios da dor que afligiu a recorrida com a prisão e a morte do cônjuge na época da ditadura militar. A redução do valor, que não se mostra excessivo, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 8. "Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime" (Súmula 186/STJ), sendo descabida**

a sua imposição à União. 9. Durante a vigência do Código Civil de 1916, os juros de mora devem incidir em 0,5% ao mês, nos termos do seu art. 1.062. Precedentes do STJ. 10. A revisão da verba honorária implica reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado em Recurso Especial (Súmula 7/STJ). Excepciona-se apenas a hipótese de valor irrisório ou exorbitante, o que não se configura neste caso. 11. Recurso Especial parcialmente provido para afastar a incidência de juros compostos e reduzir o percentual dos juros de mora para 0, 5% ao mês durante o período de vigência do Código Civil anterior.

(RESP 200602413532, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:08/09/2009 ..DTPB:.) (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA, PRISÃO E TORTURA À ÉPOCA DO REGIME MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DECORRENTES DE VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS OCORRIDAS NA DITADURA MILITAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA UNIÃO E ESTADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. APELAÇÕES DESPROVIDAS. 1. A questão posta nos autos diz respeito à **indenização por danos morais**, pleiteada por Olivier Negri Filho, em face da União Federal e da Fazenda do Estado de São Paulo, **em razão de ter sido perseguido, preso e torturado no período da Ditadura Militar no Brasil**. 2. O Magistrado a quo julgou o feito procedente, para condenação solidária da União Federal e da Fazenda do Estado de São Paulo ao pagamento de indenização por danos morais fixados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), entendendo pela responsabilidade estatal, e pela ocorrência de dano moral indenizável. A Fazenda do Estado de São Paulo recorreu alegando, a ocorrência da prescrição. A União Federal, por sua vez, além da preliminar de prescrição, sustentou a ausência de sua responsabilidade por atos praticados por agentes do DOPS e a redução do quantum indenizatório. Quase toda matéria inicial foi devolvida a esta E. Corte. 3. Inicialmente, verifica-se que é pacífica a orientação nos Tribunais Superiores acerca da imprescritibilidade das pretensões indenizatórias decorrentes de violações a direitos fundamentais ocorridas ao longo do regime militar no Brasil. 4. Precedentes. 5. **O cerne da discussão recai sobre o tema da responsabilidade civil do Estado**, de modo que se fazem pertinentes algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais. São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar. 6. **No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa do agente, bastando-se que se comprove o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. Está consagrada na norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal**. 7. É evidente, no caso dos autos, tratar-se de responsabilidade objetiva, tendo em vista as condutas comissivas cometidas pelos agentes estatais. Nesse ponto, importa-se mencionar que, não obstante os atos ilícitos tenham sido praticados por servidores do DOPS, as ordens no sentido dessas violações foram emanadas do Governo Federal. 8. Precedentes. 9. **Acerca da fixação da indenização por danos morais, é sabido que seu arbitramento deve obedecer a**

critérios de razoabilidade e proporcionalidade, observando ainda a condição social e viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, e a proporcionalidade à ofensa, conforme o grau de culpa e gravidade do dano, sem, contudo, incorrer em enriquecimento ilícito. 10. Logo, frente à dificuldade em estabelecer com exatidão a equivalência entre o dano e o ressarcimento, o STJ tem procurado definir determinados parâmetros, a fim de se alcançar um valor atendendo à dupla função, tal qual, reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida. 11. Nesse sentido é certo que "na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado."(REsp 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014) 12. **No caso em tela, a violação à dignidade da pessoa humana se deu por meio completamente severo e atroz, qual seja, a tortura e a prisão por motivações políticas. Portanto, entendendo adequado o valor indenizatório de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), fixado pelo Magistrado a quo.** 13. Apelações desprovidas.

(APELREEX 00007014720074036126, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/06/2016. FONTE_REPUBLICACAO:.)
(grifo nosso)

206. Registra-se que o Superior Tribunal de Justiça tem se pronunciado no sentido de que a ação de indenização em casos semelhantes ao dos autos não está sujeita à prescrição. Confira-se, nesse sentido, as seguintes ementas de julgados daquela Corte:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA OCORRIDA DURANTE O REGIME MILITAR. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. PRECEDENTES. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. Conforme entendimento desta Corte, "a prescrição quinquenal, disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932, não se aplica aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, os quais são imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar, época em que os jurisdicionados não podiam deduzir a contento suas pretensões" (AgRg no AREsp 302.979/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5/6/2013).

2. Não compete ao STJ, ainda que para fins de prequestionamento, examinar na via especial suposta violação a dispositivos

constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF (art. 102, III, da CF/1988).

3. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1128042/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 23/08/2013) (grifo nosso)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. As ações de indenização por danos morais em face de tortura praticadas por agentes do Estado durante o regime militar são imprescritíveis. Agravo regimental desprovido.

(AGRESP 201103105657, ARI PARGENDLER, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:25/09/2013 ..DTPB:.) (grifo nosso)

ADMINISTRATIVO E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA, PRISÃO E TORTURA, DURANTE A DITADURA MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL PREDOMINANTE NESTA CORTE. PRETENSÃO DE APRECIACÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE, NA VIA DE RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. De acordo com a orientação jurisprudencial predominante no STJ, **a prescrição quinquenal, prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32, não se aplica às ações indenizatórias por danos morais, em face de perseguição política e tortura, ocorridos durante o regime militar, decorrentes de violação de direitos fundamentais, sendo, no caso, imprescritível a pretensão indenizatória.** Precedentes do STJ (AgRg no AREsp 611.952/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10/12/2014; AgRg no REsp 1.128.042/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/08/2013; AgRg no AREsp 302.979/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/06/2013; AgRg no Ag 1.428.635/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/08/2012). II. O Tribunal de origem decidiu a causa em consonância com a orientação jurisprudencial predominante neste Tribunal, pelo que incide, na espécie, a Súmula 83/STJ, enunciado sumular aplicável, inclusive, quando fundado o Recurso Especial na alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. III. Não cabe ao STJ apreciar, na via especial, a alegada violação a dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedente (STJ, AgRg no AREsp 510.363/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/08/2014). IV. Agravo Regimental improvido. EMEN:

(AGARESP 201502841760, ASSUSETTE MAGALHÃES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:17/03/2016 ..DTPB:.) (grifo nosso)

207. Os julgados acima são exemplos que corroboram a existência e a efetividade dos recursos internos, mas, no presente caso, há mais um elemento a ser considerado: os familiares ingressaram com ação declaratória e obtiveram sentença favorável, a qual foi parcialmente mantida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região para declarar a existência da relação jurídica entre os familiares (autores) e a União (ré), consistente na obrigação desta de indenizar aqueles danos decorrentes da morte do jornalista, sendo que a especificação de tais danos deveria ser objeto de ação de indenização, se desejada pelos autores. Dessa forma, o próprio direito à indenização já estava reconhecido judicialmente, sendo necessária apenas a especificação dos danos, por meio de ação própria, da qual, todavia, não se tem notícia.

208. A conjugação da jurisprudência dos tribunais pátrios sobre a matéria com o resultado da ação declaratória permite concluir pela existência de ambiente amplamente favorável à interposição de ação própria para satisfação do pleito indenizatório, não se vislumbrando razão para que isso apenas viesse a ocorrer, tantos anos depois, perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

209. De igual modo, não pode deixar de ser considerado que o único pedido de indenização formulado pelos familiares foi acolhido, administrativamente, demonstrando a inequívoca disposição do Estado em reparar os danos causados.

210. Quanto às alegações de suposta negativa de acesso a documentos sobre violações cometidas durante o governo militar, cabe destacar que não houve o esgotamento dos recursos interno por parte dos peticionários, uma vez que não há notícia nem prova de que tenha sido impetrado pedido de *habeas data*.

211. Em face do exposto, não se verifica o atendimento do requisito de prévia interposição dos recursos internos quanto aos pleitos de pagamento de reparações pecuniárias e de acesso a documentos supostamente ocultados.

212. De qualquer maneira, ainda que entenda ter havido violação aos preceitos processuais que determinam a admissibilidade do presente caso para julgamento de mérito por essa Honorável Corte, o Estado aproveita a oportunidade para reiterar sua total disposição em analisar pedidos de reparação material e moral que sejam

formulados nas vias internas e que estão à disposição dos familiares da vítima, desde que eles tenham, naturalmente, objeto diverso daquele pedido formulado anteriormente e plenamente atendido pelo Estado brasileiro, para conceder reparação material pelos danos causados por agentes de Estado a Vladimir Herzog.

III.7. Incompetência *ratione materiae* para revisão de decisões internas quanto às supostas violações dos arts. 8º e 25 da CADH

III.7.1. Quanto às supostas violações aos arts. 8º e 25 da CADH

213. O esgotamento dos recursos internos adequados para que o Estado promova o reconhecimento e a reparação de violações de direitos humanos homenageia, como já se disse, sua responsabilidade primária quanto à promoção e à proteção dos direitos humanos.

214. Isso não significa que a vítima ou seus representantes possam submeter reclamações aos mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos sempre e quando esgotarem tais recursos. Em verdade, pressupõe-se que, no exercício da responsabilidade primária dos Estados, vítimas e representantes manejarão os recursos internos adequados e que eles serão efetivamente concluídos para se afirmar se houve ou não a suposta violação.

215. O sistema de petições individuais foi estabelecido para que se pudesse promover efetiva atividade jurisdicional nas hipóteses em que tal atividade não é produzida pelas autoridades domésticas dos Estados, não para revisar o mérito das conclusões alcançadas por autoridades públicas nacionais no adequado exercício de suas competências.

216. Nesse sentido, a simples irresignação do jurisdicionado quanto às conclusões alcançadas pelo Estado após o desfecho efetivo dos recursos internos cabíveis não pode dar ensejo à submissão do caso ao SIDH. Somente na hipótese em que o esgotamento do recurso interno não levar a um julgamento conclusivo da autoridade competente quanto à ocorrência ou não da suposta violação e, em caso positivo, à efetiva reparação, é que se pode recorrer ao sistema de petições individuais do SIDH.

217. Está fora da competência *ratione materiae* da Comissão e da Corte IDH, portanto, assumir o papel das autoridades nacionais e atuar como se fossem uma espécie de corte de apelações. Esse é o entendimento da doutrina interamericana e dessa Egrégia Corte:

It is not within the jurisdiction *ratione materiae* of either the Inter-American Court or Commission to assume the role of the national authorities and become an appeals court of fourth instance. The Inter-American human rights supervisory organs do not act as appellate bodies with the authority to examine alleged errors of domestic law or fact that national courts may have committed while acting within their jurisdiction. Rather, the objective of the Commission and the Court is to determine whether a State Party has violated the international human rights obligations that is contracted to observe when it ratified the American Convention. The role of the Inter-American Court in such cases is to determine whether the domestic administrative or judicial proceedings complied with the requirements of the American Convention. [...] **International supervisory organs may not overturn domestic court decisions that applied national law, unless the procedures followed by the national court were in violation of the international treaty.** If the petition contains nothing more than the allegation that the domestic court's decision was wrong or unjust, the Commission must apply the forth instance formula and declare the petition inadmissible *ratione materiae*³⁴. (grifo nosso)

218. A CIDH também reconhece a incompetência em razão da matéria, tanto dela quanto dessa Honorável Corte, quando a pretensão representa revisão da decisão doméstica que decidiu pela ocorrência ou não de violações de direitos humanos:

The international protection provided by the supervisory bodies of the American Convention is of a subsidiary nature. The Preamble to the American Convention is clear in this respect, when it refers to the reinforcement or complementarity of the protection provided by the domestic law of the American states. The rule of prior exhaustion of domestic remedies is based on the principle that a defendant State must be allowed to provide redress on its own and within the framework of its internal legal system. The effect of this rule is "to assign to the jurisdiction of the Commission an essentially subsidiary role". The nature of that role also constitutes the basis for the so-called "fourth instance formula" applied by the Commission, consistent with the practice of the European human rights system. The basic premise of this formula is that the Commission cannot review the judgments issued by the domestic courts acting within their competence and with due judicial guarantees, unless it considers that a possible violation of the Convention is involved. The Commission is competent to declare a petition admissible and rule on its merits when it portrays a claim

³⁴ PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2nd ed. Nova Iorque: Cambridge, 2013 (e-book), pp. 5319-5344.

that a domestic legal decision constitutes a disregard of the right to a fair trial, or if it appears to violate any other right guaranteed by the American Convention. However, if it contains nothing but the allegation that the decision was wrong or unjust in itself, the petition must be dismissed under this formula. The Commission's task is to ensure the observance of the obligations undertaken by the States parties to the American Convention, but it cannot serve as an appellate court to examine alleged errors of internal law or fact that may have been committed by the domestic courts acting within their jurisdiction. Such examination would be in order only insofar as the mistakes entailed a possible violation of any of the rights set forth in the American Convention. **In democratic societies, where the courts function according to a system of powers established by the Constitution and domestic legislation, it is for those courts to review the matters brought before them. Where it is clear that there has been a violation of one of the rights protected by the American Convention, then the Commission is competent to review, if domestic remedies have been exhausted.**³⁵ (grifo nosso)

219. No presente caso, no que se refere à persecução penal, o Estado reafirma que o procedimento de 2008 não é recurso interno apto para efeitos de avaliação da observância do prazo razoável ou de 6 meses para apresentação da petição, motivo pelo qual entende que a preliminar acima invocada deve ser aceita.

220. *Ad argumentandum tantum*, caso a Corte entenda que o procedimento de 2008 é apto para aferir a extemporaneidade ou não da petição, há outra preliminar que representa óbice ao exame do presente caso, pois há impossibilidade de revisão desse procedimento - e também do de 1992 -, uma vez que estão alicerçados em direitos e garantias igualmente protegidos pela Convenção Americana, que são a prescrição e a coisa julgada.

221. Oportuno recordar, ainda, que a decisão que transitou em julgado em 1993, no âmbito doméstico, precedeu os avanços jurisprudenciais dessa Corte quanto às obrigações estatais em casos semelhantes a este. Exigir uma reinterpretação judicial de decisões passadas com fundamento em desdobramentos jurisprudenciais que não existiam à época fragiliza as garantias judiciais.

222. No que se refere à persecução penal, os recursos internos foram acionados e adequadamente concluídos.

³⁵ CIDH. Caso 11.137. *Juan Carlos Abella Vs. Argentina*. Relatório Definitivo, de 18 de novembro de 1997. OEA/Ser.L/V/II.98, doc. 6 ver, par. 139-143.

223. A investigação policial, em 1992, contou, desde o momento em que foi iniciada, com a realização de inúmeras diligências. De fato, já no momento da solicitação de instauração do inquérito, o Ministério Público requisitou a realização das seguintes diligências: 1 – solicitar à Justiça Militar Federal de São Paulo a remessa dos autos relativos à apuração da morte de Vladimir Herzog; 2 – juntar aos autos cópia integral da ficha funcional de Pedro Antônio Mira Grancieri, que foi servidor policial civil do Estado; 3 – ouvir o depoimento dos jornalistas Antônio Carlos Prado e Luiz Fernando Sá, da revista “Isto é, Senhor”; 4 – ouvir o depoimento de George Duque Estrada, Rodolfo Konder, Ivan Seixas, Maria Amélia de Almeida Teles e Ladislau Dawber; 5 – ouvir o depoimento do advogado Henrique Buzzoni Filho; 6 – ouvir o depoimento de Pedro Antonio Mira Grancieri e submetê-lo a reconhecimento pessoal por parte das testemunhas citadas nos itens 4 e 5; 7 – oficiar ao canal 4, SBT, solicitando a fita de vídeo que contivesse gravação do “Programa Goulart de Andrade”, que foi ao ar em 3 de maio de 1992, de madrugada; 8 – solicitar à Secretaria de Cultura do Estado informação sobre a existência de ficha em nome de Vladimir Herzog e remessa de sua cópia, caso existente; 9 – oficiar à Justiça Federal Comum de São Paulo, solicitando a remessa de cópia dos autos da ação movida por Clarice Herzog contra a União; 10 – oficiar à revista “Isto é, Senhor” solicitando a remessa de um exemplar daquele periódico de nº 1173, de 25/3/92.

224. Posteriormente, em 11 de maio de 1992, o Promotor de Justiça requisitou a oitiva de mais testemunhas: Anthony Jorge Andrade Christe, Gildásio Westin Cosensa, Luiz Wejs, Paulo Sérgio Markun e Sérgio Gomes da Silva. Requisitou, ainda, que Pedro Antonio Mira Grancieri fosse submetido a reconhecimento pessoal por parte das mencionadas testemunhas.

225. Em 28 de maio de 1992, Clarice Herzog foi ouvida pela Polícia Civil de São Paulo, no âmbito do inquérito policial. No mesmo dia, Maria Amélia de Almeida Teles e Ivan Akselrud de Seixas também foram ouvidos.

226. Em 3 de junho de 1992, foram ouvidas as testemunhas Rodolfo Konder e George Benigno Jathay. Em 9 de junho de 1992, foi a vez de serem ouvidas, pela Polícia Civil de São Paulo, as testemunhas Antônio Carlos Prado Ribeiro e Luiz Fernando Passo Correia de Sá. Em 23 de junho de 1992, foram ouvidos Luiz Wejs e Anthony Jorge Andrade Christo. Após, em 30 de junho de 1992, ouviu-se Paulo Sérgio

Markun. Em 24 de julho de 1992, foi realizada oitiva de Henrique D'aragona Buzzoni. No mesmo dia, foram colhidas declarações de Antonio Saito.

227. Além da oitiva de testemunhas, inúmeras foram as diligências realizadas no inquérito em questão, como requisição de cópias de documentos e fotografias.

228. Foi justamente o avanço dessa investigação efetiva que deu ensejo à impetração de ordem de *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que proferiu decisão determinando o trancamento da investigação.

229. **Ainda que não se tenha chegado a uma condenação penal, não se está diante de caso em que não houve nenhuma tentativa de investigação ou que o inquérito instaurado ficou parado sem adoção de medidas de investigação.**

230. De outro lado, embora não caiba exame de tal procedimento por parte dessa Corte, em razão de incompetência temporal, o fato é que a decisão produziu coisa julgada material, o que motivou o pedido de arquivamento formulado em 2008, pelo Ministério Público, além da constatação da incidência da prescrição.

231. O reconhecimento da coisa julgada e da prescrição, por sua vez, foi robustamente fundamentado pelo Procurador natural e acolhido pela Juíza competente, de forma igualmente fundamentada.

232. Dessa forma, as conclusões alcançadas ao fim dos procedimentos internos são válidas e a irresignação das vítimas contra tais conclusões, embora seja perfeitamente compreensível, não pode ensejar o uso do sistema de petições individuais, por incompetência *ratione materiae* tanto da Comissão quanto dessa Egrégia Corte. É o que o Estado brasileiro requer.

III.7.2. Quanto à violação ao art. 5.1 da CADH decorrente da morte e tortura de Vladimir Herzog

233. No que se refere à reparação pecuniária, tem-se que a Lei n. 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e dá outras providências, permitiu que, em

1996, a viúva Clarice Herzog formulasse pedido à Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos.

234. O pedido formulado foi para reconhecimento de que a morte de Vladimir Herzog se enquadrava no disposto no artigo 4º, I, *b*, da referida lei e para pagamento da indenização prevista no mesmo diploma. Em sessão ordinária realizada em 2 de abril de 1996, a Comissão Especial reconheceu que a morte de Vladimir Herzog se enquadrava no dispositivo indicado e, posteriormente, o Presidente da República, por meio de decreto, outorgou à viúva Clarice Herzog o pagamento de indenização, de cunho reparatório, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

235. Se, de um lado, não houve interposição dos recursos internos para pagamento de indenização além dessa acima mencionada, de outro lado, é necessário reconhecer que já houve o pagamento de uma indenização e que esse pagamento está, inclusive, em conformidade com os parâmetros adotados por essa Ilustre Corte.

236. Nesse sentido, caso esse Respeitável Tribunal compreenda que os recursos internos para obtenção de reparação pecuniária foram esgotados pelas vítimas, por meio do processo administrativo movido no âmbito da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, o que se admite a título argumentativo, o Estado brasileiro roga o reconhecimento da incompetência dessa Honorável Corte para apreciar pedido de reparação pecuniária decorrente de violação ao art. 5.1, em razão da matéria, por impossibilidade de revisão da decisão interna válida quanto a essa reparação.

237. Importante registrar que, na sentença proferida no *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, esse Tribunal teve a oportunidade de se manifestar sobre a adequação dos montantes pagos com base na Lei n. 9.140, de 4 de dezembro de 1995, inclusive considerando adequadamente que incluem tanto os danos materiais como os imateriais:

303. A Corte considera, como o fez em outros casos, que na hipótese de existirem mecanismos nacionais para determinar formas de reparação, esses procedimentos e resultados devem ser valorizados. Caso esses mecanismos não atendam a critérios de objetividade, razoabilidade e efetividade para reparar adequadamente as violações de direitos reconhecidas na Convenção, declaradas por este Tribunal, corresponde a este, no exercício de sua competência subsidiária e complementar, dispor as reparações pertinentes. Nesse sentido, foi estabelecido que os familiares das vítimas desaparecidas tiveram

acesso a um processo administrativo que determinou uma indenização “a título de reparação” pelos desaparecimentos forçados ou mortes das vítimas diretas. **A Corte avalia positivamente a atuação do Estado nesse sentido e considera que os montantes fixados pela Lei nº 9.140/95, e pagas aos familiares das vítimas a “título de reparação”, são razoáveis nos termos de sua jurisprudência e supõe que incluem tanto os danos materiais como os imateriais a respeito das vítimas desaparecidas.** Por outro lado, nos casos das indenizações não reclamadas pelos familiares dos senhores Francisco Manoel Chaves, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, o Tribunal dispõe que o Estado estabeleça a possibilidade de que, num prazo de seis meses contados a partir da notificação da presente Sentença, aqueles interessados possam apresentar, caso o desejem, seus pedidos de indenização, utilizando os critérios e mecanismos estabelecidos no direito interno pela Lei nº 9.140/95.

[...]

309. A Corte julgou que as reparações econômicas concedidas no direito interno “a título de reparação” pelos desaparecimentos forçados são adequadas no presente caso. Por esse motivo, não ordenará o pagamento de somas adicionais a título de dano imaterial sofrido pelas vítimas de desaparecimento forçado. (grifo nosso)

238. Válido explicitar, ainda, que o valor de R\$100.000,00, à época em que foi pago, equivalia a US\$ 100.000,00 (conforme reconhecido no EPAP, fl. 141), sendo que, no mesmo *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, essa Corte, para as situações em que foi necessário fixar pagamento de indenização (dano imaterial sofrido pelos familiares das vítimas desaparecidas), em “atenção a sua jurisprudência, em consideração às circunstâncias do presente caso, às violações cometidas, aos sofrimentos ocasionados e ao tratamento que receberam, ao tempo transcorrido, à denegação de justiça e de informação, bem como às mudanças nas condições de vida e às demais consequências de ordem imaterial que sofreram” fixou o montante de US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada familiar direto.

239. Dessa forma, entende o Estado que a indenização já paga está em consonância com os padrões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, não devendo ser objeto de revisão.

240. Tendo sido adotada a iniciativa de pagamento de indenização em âmbito interno, não caberia a essa Ilustre Corte rever essa decisão, em especial no que se refere ao valor pago. O pagamento de indenização no valor de R\$100.000,00 não pode ser tido como violador dos direitos protegidos pela Convenção Americana de forma a abrir a

competência dessa Ilustre Corte para sua revisão e estipulação de outros valores. A pretensão de alteração desse valor encontra óbice, portanto, em precedente dessa Corte.

III.8. Incompetência *ratione materiae* para análise de fatos distintos daqueles submetidos pela CIDH

241. A jurisprudência dessa Ilustre Corte é clara no sentido de que não é possível alegar fatos novos distintos daqueles arguidos na demanda apresentada pela Comissão Interamericana. Assim, embora seja possível invocar direitos e pretensões distintas daquelas compreendidas na demanda submetida pela Comissão, tais direitos e pretensões devem ter como base os fatos já apresentados. Confira-se:

228. La Corte ha establecido en varias oportunidades que la presunta víctima, sus familiares o sus representantes pueden invocar derechos y pretensiones distintas de las comprendidas en la demanda de la Comisión, **sobre la base de los hechos presentados por ésta**. En relación con este último punto, la Corte ha señalado que no es admisible alegar nuevos hechos distintos de los planteados en la demanda, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que fueron mencionados en la demanda, o bien, responder a las pretensiones del demandante. Lo anterior no implica en modo alguno una afectación al objeto de la demanda o un menoscabo o vulneración para el derecho de defensa del Estado, el cual tiene las oportunidades procesales para responder a los alegatos de la Comisión y de los representantes en todas las etapas del proceso. Corresponde a la Corte, finalmente, decidir en cada caso acerca de la procedencia de alegatos de tal naturaleza en resguardo del equilibrio procesal de las partes. Es distinto el caso de los hechos supervinientes, que pueden presentarse por cualquiera de las partes en cualquier estado del proceso antes del dictado de la sentencia³⁶. (grifo nosso)

*

228. La Corte ya ha señalado que la presunta víctima, sus familiares o sus representantes pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, **sobre la base de los hechos presentados por ésta**. Aplicando esta jurisprudencia al caso concreto, se observa que los hechos referidos por los representantes relativos al apartamiento del procedimiento de solución amistosa por parte del Estado y a la supuesta pensión vitalicia realizada a favor de las viudas de los dirigentes miristas no forman parte de la base fáctica

³⁶ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas).

de la demanda. **Por lo tanto, el Tribunal no los analizará ni se pronunciará al respecto**³⁷. (grifo nosso)

*

174. Teniendo en cuenta que la Comisión no alegó la violación del artículo 11 de la Convención, el Tribunal estima pertinente reiterar que la presunta víctima, sus familiares o sus representantes pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por ésta. **En relación con este último punto, la Corte ha señalado que no es admisible alegar nuevos hechos distintos de los planteados en la demanda**, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que fueron mencionados en ésta, o bien, responder a las pretensiones del demandante. Asimismo, ha indicado que la excepción a esta regla opera en el caso de hechos supervinientes, es decir, de hechos que aparecen después de que se han presentado los escritos del proceso (demanda, escrito de solicitudes y argumentos, y contestación de la demanda).³⁸ (grifo nosso)

*

153. No que respeita aos fatos objeto do processo, **este Tribunal considera que não é admissível alegar novos fatos distintos dos arguidos na demanda**, sem prejuízo de expor aqueles que permitam explicar, esclarecer ou rejeitar os que foram mencionados na demanda, ou ainda, responder às pretensões do demandante. 154. Isso é distinto do caso dos fatos supervenientes. Estes se apresentam depois da apresentação de qualquer um dos seguintes escritos: demanda; petições, argumentos e provas, e contestação da demanda. Em tal hipótese, a informação poderá ser remetida ao Tribunal em qualquer estado do processo antes de proferir a sentença.³⁹ (grifo nosso)

242. No presente caso, torna-se necessário o reconhecimento da incompetência *ratione materiae* dessa Ilustre Corte para análise de fatos trazidos no Escrito de Petições, Argumentos e Provas que ultrapassam a delimitação dos fatos feita pela demanda submetida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, exposta na Seção II.2 desta manifestação.

243. Com efeito, não consta no escrito de apresentação do caso à Corte pela CIDH fatos como a ocultação de arquivos sobre o regime militar, alegada na Seção X.D.2 do EPAP e invocada como suporte para o pedido de reparação indicado em

³⁷ Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. Sentença de 1º de setembro de 2010 (Mérito, Reparações e Custas).

³⁸ Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colombia*. Sentença de 27 de novembro de 2008 (Mérito, Reparações e Custas).

³⁹ Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003 (Mérito, Reparações e Custas).

XI.C.1.b, ou a negativa sistemática de acesso a documentos militares, em especial aqueles dos serviços secretos das Forças Armadas e do DOI-CODI do II Exército.

244. Tais fatos, relativos ao acesso a documentos das Forças Armadas, são distintos dos arguidos na demanda apresentada ante a Corte pela CIDH e estão, portanto, fora da competência material dessa Colenda Corte.

245. Igualmente, apesar de constituir alegação manifestamente infundada, não consta dos fatos submetidos pela Comissão a alegada reiteração, pelo Estado, da versão de suicídio ao longo dos anos, desde 1998 até 2013. São fatos novos trazidos no EPAP e, em razão disso, essa Ilustre Corte não deve analisá-los nem emitir pronunciamento a seu respeito, a teor de sua jurisprudência já consolidada.

III.9. Inconvencionalidade da decisão da CIDH de publicar seu relatório preliminar de mérito e submeter o caso a esta Corte: violação aos artigos 50 e 51 da CADH e necessidade de retirada do relatório do *site* da CIDH

246. Para concluir suas considerações no âmbito das exceções preliminares do presente caso, o Estado entende pertinente tecer algumas considerações a respeito da publicação, pela CIDH, do relatório emitido no âmbito do presente caso.

247. A Corte IDH foi chamada a se pronunciar, por opinião consultiva, sobre algumas atribuições da CIDH, oportunidade em que afirmou sua interpretação sobre a natureza dos relatórios da CIDH e sua publicidade. No que interesse ao presente debate, a opinião disse respeito especialmente à correta compreensão dos artigos 50 e 51 da Convenção Americana:

Artigo 50

Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, "e", do artigo 48.

O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.

Artigo 51

Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada.

Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório. (grifo nosso)

248. Esta Honorável Corte reafirmou o que já consta de maneira bastante clara no texto da Convenção Americana. Os relatórios que podem ser editados pela Comissão, segundo os artigos 50 e 51 da Convenção Americana, estão relacionados a três fases distintas do procedimento, a partir do que se deve compreender sua natureza e nível de publicidade.

249. O relatório previsto no artigo 50.1 da Convenção possui natureza preliminar e não pode, de maneira alguma, ser publicado pelo Estado, pelos peticionários ou pela Comissão. Trata-se de relatório que conclui preliminarmente os trabalhos da CIDH.

250. Se no prazo de três meses a partir do envio do relatório aos Estados não houve solução para o caso ou sua submissão à Corte, a Comissão poderá emitir seu relatório definitivo, nos termos do artigo 51.1 da Convenção.

251. Uma vez emitido o relatório definitivo e transcorrido o prazo fixado pela Comissão para que o Estado possa remediar a situação examinada, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, se publica ou não o relatório.

252. Veja-se essa interpretação a partir da dicção dessa Honorável Corte:

46. Esas normas se inspiraron en los artículos 31 y 32 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de acuerdo con los cuales, cuando la Comisión Europea considera que existen violaciones a los derechos consagrados por dicha Convención, puede enviar el informe, que es uno solo, al Comité de Ministros a fin de que éste disponga las medidas que el Estado afectado debe tomar, o someterlo en forma de demanda al conocimiento de la Corte Europea de Derechos Humanos

para que el tribunal decida, de manera imperativa, sobre las violaciones alegadas.

47. Como en el sistema interamericano no fue establecido un órgano similar al Comité de Ministros, la Convención Americana atribuyó a la Comisión la facultad de determinar si somete el caso a la Corte o bien si continúa conociendo del mismo y redacta un informe final, que puede o no publicar.

48. Supuesta la admisibilidad y sin perjuicio del procedimiento previo contemplado en los artículos 48 y 49, los artículos 50 y 51 de la Convención establecen etapas sucesivas. En la primera, regulada por el artículo 50, la Comisión, siempre y cuando no se haya alcanzado una solución amistosa, puede exponer los hechos y sus conclusiones en un documento dirigido al Estado interesado y que tiene carácter preliminar. Este “informe” se transmite con carácter reservado al Estado para que adopte las proposiciones y recomendaciones de la Comisión y solucione el problema. El Estado no tiene la facultad de publicarlo. **Una recta interpretación del artículo 50, basada en un presupuesto de igualdad de las partes, implica que la Comisión tampoco puede publicar ese informe preliminar, el cual se transmite, en la terminología de la Convención, solamente “a los Estados interesados”.**

49. El artículo 47.6 del Reglamento de la Comisión, según el cual “[e]l informe se transmitirá a las partes interesadas, quienes no estarán facultadas para publicarlo” y en virtud de que frente a la Comisión los solicitantes y las víctimas pueden tener el carácter de partes (por ejemplo, artículo 45 del Reglamento de la Comisión), no se conforma con el artículo 50 de la Convención y su aplicación ha dado lugar a que se altere el carácter reservado del informe y la obligación de no publicarlo.

50. Una segunda etapa está regulada por el artículo 51 y, en ella, si en el plazo de tres meses el asunto no ha sido solucionado por el Estado al cual se ha dirigido el informe preliminar atendiendo las proposiciones formuladas en el mismo, la Comisión está facultada, dentro de dicho período, para decidir si somete el caso a la Corte por medio de la demanda respectiva o bien si continúa con el conocimiento del asunto. Esta decisión no es discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención.

51. Los tres meses se cuentan desde la remisión del informe del artículo 50 al Estado interesado y la Corte ha aclarado que dicho plazo, aun cuando no es fatal, tiene carácter preclusivo, salvo circunstancias excepcionales, por lo que respecta al sometimiento del caso a este Tribunal, con independencia de aquel que la Comisión señale al Estado para el cumplimiento de sus primeras recomendaciones (Caso Cayara, Excepciones Preliminares, supra 41, párrs. 38 y 39).

52. El artículo 51 faculta a la Comisión para elaborar un segundo informe, cuya preparación está sometida a la condición de que el asunto no haya sido elevado a la consideración de la Corte, dentro del plazo de tres meses dispuesto por el mismo artículo 51.1, lo que

equivale a decir que, si el caso há sido introducido ante la Corte, la Comisión no está autorizada para elaborar [ese] informe (Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, supra 40, párr. 63; Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, supra 40, párr. 63 y Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, supra 40, párr. 66).

En caso contrario, la Comisión posee la atribución de redactar un informe definitivo con las opiniones y conclusiones que considere convenientes. Deberá además hacer las recomendaciones pertinentes, dándole un plazo adicional al Estado para que tome las medidas adecuadas enderezadas a cumplir sus obligaciones dentro de la Convención.

53. Se trata, entonces, de dos documentos que, de acuerdo con la conducta asumida en el ínterin por el Estado al cual se dirigen, pueden o no coincidir en sus conclusiones y recomendaciones y a los cuales la Convención ha dado el nombre de “informes” y que tienen carácter, uno preliminar y el otro definitivo.

54. Puede existir una tercera etapa con posterioridad al informe definitivo. Em efecto, vencido el plazo que la Comisión ha dado al Estado para cumplir las recomendaciones contenidas en este último sin que se acaten, la Comisión decidirá si lo publica o no, decisión ésta que también debe apoyarse en la alternativa más favorable para la tutela de los derechos humanos.⁴⁰ (grifo nosso)

253. De tudo que se expôs, resta evidente que o relatório preliminar emitido pela Comissão não pode ser, de maneira alguma, publicado pelas partes ou pela própria Comissão. Apenas o relatório definitivo da CIDH, uma vez transcorrido o prazo para adoção de medidas para remediar a situação e mediante votação da maioria absoluta de seus membros, pode ser publicado.

254. A questão possui crucial importância porque, como bem acentuado em voto na Opinião Consultiva nº 15-97, a possível publicação de relatórios definitivos constitui a máxima sanção que o Estado pode sofrer ao término do procedimento perante a Comissão. Referida sanção, consistente com o que se costuma chamar *power of embarrassment*, *mobilisation de la honte*, ou *blaming and shaming*, com evidentes consequências para a imagem internacional do Estado, só pode ser aplicada caso o relatório definitivo seja emitido, o que, por sua vez, decorre necessariamente de decisão da CIDH de não submeter o caso à Corte. A construção normativa da Convenção é bastante razoável, já que a submissão do caso a esta Corte permitirá, se for o caso, a prolação de sentença condenatória contra o Estado e sua posterior publicação, o que

⁴⁰ CORTE IDH. *Opinião Consultiva OC-13/93, de 16 de julho de 1993*. Certas Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Série A, pars. 46-54.

constitui *per se* uma sanção ao Estado e uma forma de reparação das violações em favor das vítimas.

255. A publicação de sentença dessa Honorável Corte e de relatório da Comissão constituem, portanto, **sanções alternativas, não cumulativas**. Situação diversa, com a publicação de relatório da Comissão e sentença dessa Corte, constitui violação a preceitos explícitos da Convenção Americana.

256. No presente caso, a Comissão Interamericana tem mantido em seu sítio eletrônico, página com o inteiro teor do Relatório de Mérito nº 71/2015, de 28 de outubro de 2015.⁴¹

257. Nesse sentido, o Estado brasileiro solicita a essa Corte que manifeste à CIDH a incompatibilidade do ato de publicar seus relatórios preliminares de mérito com os artigos 50 e 51 da Convenção, determinando sua retirada do sítio eletrônico da Comissão e de qualquer outro meio pelo qual a Comissão mantenha referido relatório disponível ao público.

IV. MÉRITO

IV.1. O Estado brasileiro reconhece violação ao artigo 5.1 da CADH em desfavor das vítimas parentes de Vladimir Herzog, em razão da morte e tortura praticadas por agentes públicos, e adotou certas medidas para reparar tal violação

258. A conduta estatal de prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog impõe aos familiares, inegavelmente, dor severa, a qual não se questiona. Em razão disso, o Estado brasileiro reconhece sua responsabilidade por violação ao artigo 5.1 da Convenção Americana, com relação às vítimas representadas neste caso, em razão da prisão arbitrária, tortura e morte praticadas por agentes públicos em desfavor de Vladimir Herzog.

259. O Estado registra que as medidas indicadas na Seção II.1.6, de satisfação e reparação simbólica, como a publicação do livro *Direito à Memória e à Verdade* contendo páginas destinadas a Vladimir Herzog, a retificação de registro de óbito, os

⁴¹ CIDH. *Caso nº 12.879. Vladimir Herzog e outros*. Relatório nº 71, de 28 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2016.

trabalhos da Comissão Nacional da Verdade com a finalidade de identificar as circunstâncias e responsáveis pela morte de Vladimir Herzog e a sentença de procedência da ação declaratória, tiveram o intuito de reparar também os familiares pelos sofrimentos vivenciados.

260. Igualmente, o reconhecimento feito nos termos do artigo 4º, I, *b*, da Lei 9.140/1995, ou seja, de que Herzog, por ter sido acusado de participação em atividades políticas, faleceu por causas não-naturais, em dependências policiais ou assemelhadas, bem como a indenização decorrente desse reconhecimento serviram também como uma forma de reparação compensatória.

261. Não há, por óbvio, medidas de reparação plena que o Estado possa adotar, de forma a restabelecer a situação anterior. Entretanto, os esforços acima indicados, assim como aqueles detalhados no Capítulo V, se prestam como medidas em busca do esclarecimento dos fatos, medidas de não repetição e medida de compensação pecuniária em prol dos familiares.

262. Por todo o exposto, o Estado brasileiro, ao tempo em que reconhece sua responsabilidade por violar direitos humanos consagrados na Convenção Americana em desfavor das vítimas representadas neste caso, entende que adotou medidas de reparação e que tais medidas devem ser consideradas por essa Honorável Corte no futuro julgamento deste caso.

IV.2. A distinção entre os direitos à garantia judicial e à proteção judicial nos artigos 8.1 e 25.1 da CADH, em conexão com seus artigos 1.1 e 2

263. O Estado brasileiro tem conhecimento de que essa Honorável Corte vem aplicando os artigos 8º e 25 da Convenção Americana em conjunto, por entender existir uma relação intrínseca entre eles. Não desconhece, igualmente, a existência de votos dissidentes que discordam dessa posição, como o proferido pela Juíza Cecilia Medina Quiroga no *Caso López Alvarez vs. Honduras*:

1. Estoy, en general, de acuerdo con la decisión de la Corte en relación con las violaciones a los derechos humanos determinadas en la sentencia precedente, excepto respecto de la violación del artículo 25 de la Convención Americana.

2. No encuentro en este caso ninguna razón para declarar que se ha violado este artículo. De hecho, los párrafos de la sentencia que se refieren a él, los números 137 a 139, se remiten a citar la jurisprudencia de la Corte sin vincularla a hechos del caso, como hubiera sido necesario para fundamentar una violación de esa disposición. Por estas razones, estimo que, en este caso, no es procedente declarar una violación del artículo 25.

3. Quisiera insistir en este Voto que mi posición no es puramente académica y formalista. Como lo he dicho ya en otras ocasiones, el tratamiento conjunto de los artículos 8 y 25 parece sugerir que la única norma de la Convención que consagra el derecho “a los recursos” es la del artículo 25 y que la única manera de proteger los derechos de la Convención es a través de “recursos”. Creo que esto no es así. La protección de los derechos sustantivos de la Convención Americana requiere necesariamente la posibilidad de ser oído ante un tribunal para determinar derechos u obligaciones o para decidir sobre la inocencia o culpabilidad de un acusado, es decir, requiere tener el derecho a entablar acciones frente a otros. Los procesos a que den origen estas acciones no son recursos rápidos y simples que deban resolverse en días y sin mayor trámite. Por el contrario, el plazo que se da al Estado para concluir los procesos se contará probablemente no en días ni en meses, sino que a menudo en años, ya que se requiere un tiempo considerable para que se resuelva en un juicio un asunto de fondo, ya sea de carácter penal o civil, porque hay que darle a las partes la posibilidad, inter alia, de buscar pruebas, presentarlas a juicio, objetar las del contrario y hay que darle al tribunal la posibilidad de ponderar todo esto con cuidado. De ahí que el plazo debe ser “razonable”, lo que significa que no puede ser demasiado largo, pero tampoco demasiado corto. Probablemente también, la mayor parte de ellos requerirá de asesoría de una persona experta en derecho, entre otras cosas, por la complejidad de los procedimientos. Ciertamente, entonces, para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, no basta con el recurso de amparo del artículo 25.

4. Estimo de la mayor importancia preservar la distinción entre los artículos 8 y 25. El no distinguir estas dos disposiciones desvirtúa el objetivo original del artículo 25, en detrimento de las víctimas. Con esa posición, la Corte no se da la oportunidad de elaborar el concepto y los requisitos del recurso de amparo, dificultando así el identificar qué recursos de amparo propiamente tales deberían existir en el ordenamiento jurídico interno de los Estados partes de la Convención Americana para salvaguardar los derechos humanos de una manera sencilla, rápida y eficaz⁴².

264. É nesse sentido que entende relevante trazer a argumentação a seguir, a fim de que essa Corte possa, mais uma vez, refletir sobre a distinção entre os artigos citados e a pertinência da análise individualizada desses dispositivos. Em outras palavras, é relevante para o Estado que o Tribunal desenvolva os conceitos jurídicos à luz das

⁴² Voto disidente da Juíza Cecilia Medina Quiroga. *Caso López Alvarez vs. Honduras*. Disponível em www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_medina_141_esp.doc

normas convencionais, dispostas nos artigos 8º e 25, com precisão e clareza, sobretudo tendo presente o disposto no artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, *in verbis*: "Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade".

265. O art. 25 da Convenção dispõe sobre a 'Proteção Judicial', nos seguintes termos:

Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um **recurso simples e rápido** ou a qualquer outro recurso efetivo, **perante os juízes ou tribunais** competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados-partes comprometem-se:

a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso. (grifo nosso)

266. Já o art. 8º da Convenção, que disciplina as 'Garantias Judiciais', dispõe que:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

267. A norma trazida pelo art. 25 trata do acesso à jurisdição estatal, dizendo respeito ao momento subsequente da violação de um direito da vítima, que busca, então pelos meios legais, pleitear a condenação dos envolvidos e demais reparações depois da ocorrência do ilícito.

268. Trata-se, pois, da obrigação do Estado de conferir à vítima de violação de direitos humanos a possibilidade de amparar-se no Poder Judiciário para obter o reconhecimento e a reparação de tal violação, ou seja, a possibilidade de figurar como requerente de medidas de proteção judicial.

269. Nesse sentido, a Convenção Americana estabelece parâmetros para que a proteção judicial seja efetivamente conferida pelos Estados Partes. Não basta que a legislação processual autorize o ajuizamento de medidas judiciais pela vítima. É preciso que tais recursos sejam simples, rápidos e efetivos e que sejam capazes de proteger a vítima contra violações não somente à Convenção Americana, mas também à

Constituição e às leis domésticas. É preciso também que os recursos permitam proteção contra agentes públicos e privados, ainda que, no caso dos primeiros, a violação tenha sido perpetrada no exercício de funções oficiais.

270. Os Estados Partes devem, ademais, assegurar que as medidas judiciais ajuizadas pelas vítimas sejam julgadas pela autoridade competente segundo suas leis e que o produto desse julgamento seja efetivamente cumprido. Esses parâmetros são fundamentais para que se confira efetividade ao direito à proteção judicial consagrado na Convenção Americana.

271. Há, por fim, a obrigação dos Estados de “desenvolver as possibilidades de recurso judicial”, o que, não obstante representar uma obrigação programática, aponta para a desejável existência de múltiplos instrumentos processuais aptos à proteção em face de uma mesma violação.

272. Partes das considerações acima estão, de algum modo, reproduzidas no entendimento que emana da Opinião Consultiva nº 9, na qual essa Ilustre Corte teve a oportunidade de se manifestar acerca dos artigos 8º e 25:

23. Como já mencionado anteriormente pela Corte, o artigo 25.1 da Convenção é uma disposição de caráter geral que respalda a instituição processual do amparo, como procedimento simples e breve, que tem por objetivo a tutela dos direitos fundamentais (**O “habeas corpus” sob a suspensão de garantias, supra 16**, parágrafo 32). Estabelece este artigo, igualmente, em termos amplos, a obrigação dos Estados em oferecer a todas as pessoas submetidas a sua jurisdição um recurso judicial efetivo contra os atos de violação de seus direitos fundamentais. Dispõe também que a garantia ali consagrada aplica-se não só quanto aos direitos contidos na Convenção, como também àqueles que estejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei⁴³. (grifo nosso)

273. Já o art. 8º da Convenção trata de situação em que determinada pessoa é sujeito passivo de processo judicial, ou seja, é acusada em razão de ter cometido um ato ilícito (uma violação à regra de direito), que por sua vez pode ter natureza criminal ou cível.

274. Quando a suposta vítima de determinada violação de direitos busca amparo do Poder Judiciário para obter reconhecimento e reparação dessa violação, promove-se

⁴³ Corte IDH. *Opinião Consultiva OC-9/87, de 6 de outubro de 1987*. Disponível em língua espanhola em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf

a atuação do Poder Judiciário em desfavor do suposto responsável por seu cometimento. Se bem é dever do Estado permitir o acesso à justiça e a proteção judicial daqueles que tem seus direitos violados (art. 25 da CADH), ao Estado também compete exercer atividade jurisdicional de maneira equilibrada, segundo a qual o acusado possa efetivamente se defender e expor sua versão dos fatos e do direito posto em litígio. Ao conjunto de instrumentos processuais aptos a proteger o acusado em processo de qualquer natureza se dá o nome de garantias judiciais, todas elas abrangidas pela noção, comum aos sistemas processuais contemporâneos, de devido processo legal. É justamente esse conjunto de garantias judiciais o bem jurídico protegido no art. 8º da Convenção Americana.

275. A compreensão do bem jurídico protegido pelo art. 8º da Convenção decorre de interpretação quase literal de seus dispositivos: art. 8.1: o acusado deve ser ouvido dentro de um prazo razoável; art. 8.2: presunção de inocência e obrigação de que ao réu sejam garantidos (a) direito de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; (b) comunicação prévia e pormenorizada da acusação; (c) tempo e meios necessários à preparação de sua defesa; (d) direito de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha; (e) direito de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, se não preferir realizar sua autodefesa; (f) direito de inquirir as testemunhas e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas; (g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado; e (h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior; art. 8.3: proteção contra confissão mediante coação de qualquer natureza; art. 8.4: proibição da dupla punição pelo mesmo fato – “ne bis in idem”; e art. 8.5: garantia de publicidade dos atos.

276. Esse entendimento também emana da Opinião Consultiva nº 9:

28. Este artigo 8º reconhece o chamado “devido processo legal”, que abrange as condições que devem ser cumpridas para assegurar a adequada **defesa** daqueles cujos direitos ou obrigações estão sob consideração judicial.⁴⁴ (grifo nosso)

277. Assim sendo, o intérprete da Convenção deve atentar para as diferenças cruciais e elementares existentes entre os dois dispositivos, sem prejuízo da relação de complementaridade existente entre eles. O bem jurídico protegido pelo art. 25 revela-se

⁴⁴ *Idem*.

quando a pessoa se encontra na condição de vítima e procura requerer do Estado uma providência que reconheça e repare a violação ao seu direito. Se a vítima não obtém efetiva reparação contra a infração ao seu direito, em tese surgiria a violação à norma que impõe ao Estado o dever de proteção judicial. Já o bem jurídico garantido pelo art. 8º da Convenção se revela quando a pessoa se encontra na condição de ré em processo de qualquer natureza instaurado por quem entende ter havido ato ilícito praticado por aquela pessoa, a quem se dirigem as garantias judiciais descritas na Convenção.

278. A relação direta entre os bens jurídicos protegidos em ambos os dispositivos e a posição processual em que se encontra a pessoa humana também informa a relação de complementaridade existente entre eles. O mesmo Estado que deve conferir à pessoa humana mecanismos efetivos de proteção judicial (art. 25 da CADH) deve conferir ao cidadão do outro polo processual garantias judiciais contra o exercício arbitrário e parcial da atividade jurisdicional (art. 8º da CADH).

279. Essa inegável relação de complementaridade entre os artigos 8º e 25 não deve levar o intérprete, contudo, a confundir os bens jurídicos por eles protegidos ou muito menos a interpretá-los da mesma maneira, de modo que deles se retire um mesmo resultado. Definitivamente, ambos os dispositivos não trazem disposições iguais e muito menos suportes fáticos idênticos. Interpretação diversa, no sentido de que as normas se igualam e protegem o mesmo direito, levaria à conclusão de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos possui palavras inúteis, ilação que não se concebe segundo as melhores escolas de hermenêutica jurídica.

280. No caso destes autos, como já demonstrado, pretende-se que o Estado brasileiro seja simultaneamente punido pela violação ao art. 8º e ao art. 25 da Convenção (dupla sanção), em virtude da falta de investigação (fato único). Vale frisar: em razão de um mesmo fato (falta de proteção judicial), pretende-se aplicar duas punições (em razão de falta de ‘proteção judicial’ e de ofensa a ‘garantias judiciais’).

281. Como se pode concluir claramente, essa situação representa um caso de dupla sanção pelo mesmo fato, sem uma análise detida do conteúdo normativo dos dispositivos referidos.

282. Além disso, a preocupação com o tratamento automaticamente conjunto dos arts. 8º e 25, como alertara, por exemplo, a Juíza Cecilia Medina Quiroga, em voto

proferido no *Caso López Alvarez vs. Honduras*, não traduz compreensão simplesmente formalista ou acadêmica, mas preocupação com a melhor proteção das vítimas de violações protegidas por tais direitos, já que ela impede o adequado desenvolvimento da compreensão dos bens jurídicos albergados por cada um deles, ou seja, a efetiva distinção dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais. A compreensão adequada de tais dispositivos e, especialmente, da distinção dos bens jurídicos por eles protegidos, contribui decisivamente para sua adequada implementação pelos Estados Partes da Convenção Americana.

283. De outro lado, a necessária distinção entre os referidos dispositivos é também benéfica para os próprios Estados, tanto do ponto de vista doméstico quanto internacional. Do ponto de vista doméstico, a distinção contribui para que os Estados possam desenvolver políticas públicas direcionadas à efetiva implementação de cada um deles. O tratamento genérico e automaticamente conjunto daqueles bens jurídicos pode levar os Estados a desconsiderarem os parâmetros específicos de implementação dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais. Do ponto de vista internacional, a distinção é fundamental para que os Estados sejam julgados por essa Corte de maneira proporcional à violação por eles cometida. As medidas de reparação decorrentes das sentenças proferidas pela Corte devem ser tanto mais gravosas quanto for a violação à Convenção Americana. Nesse sentido, ao Estado que viola os bens jurídicos de proteção judicial e garantias judiciais deve ser imputada - ressalvados outros aspectos de dosimetria das reparações -, condenação maior daquela dirigida ao Estado que viola apenas um deles.

284. Diante do exposto, o Estado brasileiro convida essa Honorable Corte a considerar a possibilidade de interpretação diferenciada dos bens jurídicos protegidos pelos artigos 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, para que se possa ter uma compreensão mais clara desses dispositivos e, a partir daí, permitir a devida apreciação dos fatos submetidos à sua jurisdição com relação a cada um daqueles direitos.

IV.3. Os fatos não caracterizam, sequer em tese, violação ao artigo 8.1 da CADH e ao artigo 8º da CIPPT

285. Antes de se demonstrar o motivo pelo qual inexistiu violação ao art. 8.1 da Convenção Americana ou ao artigo 8º da CIPPT, mostra-se pertinente relembrar quais foram, especificamente, os fatos submetidos pela Ilustre Comissão Interamericana de Direitos Humanos à análise desse Tribunal, os quais não podem ser alterados⁴⁵:

Especificamente, a Comissão submete à Corte as ações e omissões estatais que ocorreram ou continuaram ocorrendo após 10 de dezembro de 1998, data de aceitação da competência da Corte por parte do Estado do Brasil. Dentro das mesmas se encontram as violações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e à Convenção para Prevenir e Punir a Tortura derivadas da atuação das autoridades estatais no Processo nº 2008.61.81.013434-2, que culminou com o arquivamento da investigação em 12 de janeiro de 2009. Este arquivamento foi motivado pela aplicação da Lei de Anistia, bem como figuras de prescrição e coisa julgada. Além disso, encontra-se dentro da competência da Corte a atuação das autoridades estatais na ação civil pública nº 2008.61.00.011414-5. Também se encontra dentro da competência da Corte a violação da integridade pessoal dos familiares em consequência da situação de impunidade e negação de justiça no relatório de mérito.

286. Dito isso, verifica-se que, no caso concreto, as vítimas jamais estiveram na condição de réus dos processos citados ou em outro processo judicial doméstico relacionado ao caso em tela e no qual tiveram, mesmo em tese, as garantias judiciais protegidas pelos art. 8.1 da CADH e art. 8º da CIPPT violadas. Em virtude de nunca terem experimentado essa condição, logicamente não poderiam ter sofrido violação a qualquer uma das normas-garantias previstas naqueles dispositivos. Assim, por não ter existido condição (fato) enquadrável naquelas normas, o Estado brasileiro não pode vir a ser condenado por violação jamais ocorrida a esse dispositivo.

287. Subsidiariamente, caso se considere que o direito a garantias judiciais abrange as garantias do devido processo legal independentemente da qualidade da parte (autor ou réu), também não se verifica violação ao devido processo legal no caso em exame.

288. Na seara criminal, ainda que se alegue falha estatal no cumprimento do dever de investigar, processar e punir, tema que será debatido a seguir, não há lógica em asseverar que tal falha decorra de violação do devido processo legal. Acima, o Estado

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentença de 12 de agosto de 2008 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas): “La Corte ha establecido en varias oportunidades que la presunta víctima, sus familiares o sus representantes pueden invocar derechos y pretensiones distintas de las comprendidas en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por ésta”.

teve a oportunidade de expor sobre os procedimentos relativos ao presente caso e o que se conclui a partir dessa exposição é que o devido processo legal foi sempre respeitado, não havendo condutas que importem na violação das garantias judiciais.

289. Não há dúvidas sobre a competência, a independência e a imparcialidade da juíza federal que atuou acolhendo a promoção de arquivamento formulada por Procurador da República no ano de 2008.

290. A irrefutável imparcialidade do juízo (1ª Vara Criminal da 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo) também é válida para se demonstrar ausência de violação ao artigo 8º da CIPPT, que prevê o direito de que o caso decorrente de denúncia de tortura seja examinado de maneira imparcial.

291. No âmbito cível, a única ação inserida dentro da competência temporal da Corte e que se inclui nos fatos submetidos à Corte pela Comissão é a ação civil pública de 2008. Ainda que tal ação não deva ser considerada como fato sujeito à análise no presente caso, conforme será demonstrado mais adiante, destaca-se que o relatório da Comissão não indica qualquer violação ao devido processo legal no âmbito dessa ação. Isso porque todo o rol de direitos e garantias judiciais protegidos pela CADH e pela CIPPT foram e estão sendo respeitados no âmbito desse processo, no que aplicável, considerando tratar-se de ação civil pública.

292. Sob qualquer aspecto, portanto, verifica-se a inexistência, sequer em tese, de fatos trazidos à jurisdição dessa Honorável Corte e que representem violação ao artigo 8.1 da Convenção Americana e ao art. 8º da CIPPT.

293. O Estado brasileiro, por tais motivos, pede que se julgue inteiramente improcedente o pedido de condenação por supostas violações a tais dispositivos.

IV.4. Os fatos não caracterizam violação ao artigo 25.1 da CADH

294. Afastada, a toda evidência, a possibilidade de violação ao artigo 8º da Convenção Americana e ao art. 8º da CIPPT, cumpre expor, a seguir, as razões pelas quais o Estado brasileiro entende também não ter havido desrespeito ao artigo 25.1 da Convenção Americana.

IV.4.1. As peças de informação nº 2008.61.81.013434-2 não caracterizam violação ao artigo 25.1 da CADH no âmbito criminal

295. Conforme já exposto, da delimitação dos fatos contida na submissão do caso a essa Ilustre Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos decorre que a suposta violação ao artigo 25.1 da Convenção pelo Estado brasileiro teria ocorrido somente na condução e conclusão das peças de informação autuadas no Ministério Público Federal em 2008.

296. Dito isso, um primeiro ponto que deve ser esclarecido é que o arquivamento das peças de informação autuadas pelo MPF em 2008, **ao contrário do que consta na nota da Comissão, não foi motivado pela aplicação da Lei de Anistia**. Com efeito, assim constou na promoção de arquivamento:

Conclui-se, pois, que o crime ora em comento não teve sua punibilidade extinta pela anistia. Em que pese isso, reitera-se o posicionamento no sentido de que o reconhecimento anterior da anistia pela Justiça do Estado de São Paulo produziu coisa julgada material e não mais pode ser modificado.

297. Isso significa que, nos termos daquela promoção de arquivamento, o que impedia o início de nova investigação dos fatos não era a Lei de Anistia, mas sim a existência de coisa julgada e de prescrição. Assim, o procedimento indicado pela Comissão e que se insere dentro da competência temporal da Corte não aplicou a Lei de Anistia, motivo pelo qual ela não é objeto do presente caso.

IV.4.1.a. Da impossibilidade de responsabilização do Estado em razão de limites temporais aplicáveis à jurisprudência da Corte IDH e por observância de regras procedimentais de menor hierarquia que normas de *jus cogens*.

298. O Estado brasileiro constata que a decisão que transitou em julgado e determinou o arquivamento das investigações policiais em 1993, embora fora da competência temporal da Corte, precedeu os vários entendimentos jurisprudenciais desse Tribunal invocados pela parte contrária, o que torna legítimo questionar se era juridicamente exigível das autoridades nacionais que adotassem postura diversa e se seria razoável desafiar decisão passada com fundamento em entendimento *a posteriori*.

299. Ademais, ainda que, em hipótese e a título argumentativo, se invocasse violação a norma de *jus cogens* no caso concreto para conferir efeitos atemporais à jurisprudência da Corte, deve ser enfrentada a relação existente entre normas de *jus cogens* e regras procedimentais de mais baixa hierarquia, em âmbito de processos judiciais internacionais e domésticos. No entender do Estado, não haveria colisão entre essas normas.

300. Mesmo que essa Honorável Corte já tenha manifestado entendimento de que aos Estados compete realizar controle de convencionalidade *ex officio* levando em conta a interpretação que esse Tribunal faz da CADH, o fato é que a decisão de 1993, que transitou em julgado, foi tomada em período anterior ao do julgamento do caso *Barrios Altos Vs. Peru* (2001), quando esse Tribunal decidiu, de forma inovadora, que tinha poderes para declarar sobre a validade da norma doméstica, especialmente em se tratando de leis de anistia.

301. Essa Corte IDH considerou, em bases amplas, que leis de anistia eram incompatíveis com a Convenção Americana e, portanto, desprovidas de efeitos jurídicos⁴⁶. No *Caso Barrios Altos Vs. Peru*, a Corte Interamericana foi o primeiro tribunal internacional a determinar que leis de autoanistia careciam de efeitos jurídicos. Uma das novidades estava no pronunciamento do Tribunal sobre a validade da norma, e não apenas sobre a obrigação do Estado de revogar a norma. A outra novidade era sua interpretação mais flexível da Convenção Americana. Embora tenha identificado parâmetros específicos para o controle de convencionalidade da lei nacional – artigos 8º e 25 em concordância com os artigos 1.1 e 2º da Convenção Americana – esse Tribunal fez uma interpretação "da letra e do espírito da Convenção". Apesar dessas inovações jurisprudenciais, é forçoso reconhecer que essas interpretações sucederam a decisão judicial doméstica de 1993 no caso concreto e que transitou em julgado. Até então, o Judiciário tinha a obrigação de respeitar os parâmetros normativos previamente estabelecidos para o caso concreto em âmbito doméstico e não tinha a obrigação legal de observar as decisões da Corte Interamericana para casos sobre anistia, prescrição e

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Peru*. Sentença de 14 de março de 2001 (Mérito). Série C No. 75. par. 44; *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Série C No. 154. Ponto resolutivo 3º; Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006 (Mérito, Reparações e Custas).. Série C No. 162. 152. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).. Série C No. 219. par. 174.

coisa julgada em face de outros Estados, visto que não havia decisão desse Tribunal sobre o tema.

302. Em se tratando de investigação e processo penais, o referido contexto é relevante para o caso concreto, pois o Estado não podia deixar de observar o princípio da estrita legalidade em matéria penal, muito valorizado pela jurisprudência desse Tribunal. Nesse diapasão, nota-se marcante diferença entre a margem de apreciação reservada ao Judiciário nacional e aquela destinada a essa Corte, cuja amplitude não pode ser exigida do magistrado em âmbito doméstico sem ferir o princípio da estrita legalidade e colocar em cheque as garantias processuais dos acusados. Em outras palavras, é sempre oportuno ter presente o que razoavelmente se poderia exigir do magistrado nacional ao aplicar o princípio da estrita legalidade em processos investigatórios ou em processos judiciais de caráter penal e se uma interpretação teleológica da lei, em razão do fim de punir graves violações de direitos humanos, um conceito jurídico aberto e não normativo, é passível de afastar garantias individuais no processo, sobretudo quando não havia pronunciamento da Corte Interamericana sobre o assunto.

303. Deve-se recordar que, conforme previsão convencional, os precedentes dessa Corte não podem ser invocados como um critério a ser universalmente aplicado. O artigo 68.1 da Convenção Americana estabelece que "Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes". Dessa forma, as sentenças da Corte Interamericana são obrigatórias para o caso concreto e, em dadas circunstâncias, para os demais assuntos da mesma essência, quando a Corte IDH se pronuncia em abstrato, no caso concreto, sobre a compatibilidade de determinado ato estatal ou matéria legal com a Convenção Americana.

304. Cabe questionar, portanto, se seria razoável exigir que a força da coisa julgada fique condicionada a entendimento futuro que essa Honorável Corte possa ter com relação ao conteúdo normativo do *jus cogens* e se o pronunciamento dessa Corte a esse respeito é atemporal. Sem dúvidas, quando a Corte considera que determinada norma é desprovida de efeitos jurídicos, como o fez no caso *Guerrilha do Araguaia*, em relação à Lei de Anistia, há efeitos retroativos dessa declaração. Não obstante, questão diversa dessa retroatividade é se seria razoável responsabilizar o Estado imputando-lhe

obrigação que não existia juridicamente no momento da decisão doméstica, ainda que esta tenha se valido de norma, *a posteriori*, declarada desprovida de efeitos jurídicos pela Corte Interamericana. Esse questionamento é legítimo, pois, assim como o conteúdo normativo do *jus cogens* não é autoevidente, a autoridade judicial de um Tribunal Internacional não pode ser atemporal e ubíqua, infensa à passagem do tempo e a seus efeitos conforme interpretação evolutiva da Convenção Americana. Mais uma vez, o Estado questiona o Tribunal sobre os limites formais de seus pronunciamentos e espera que a Corte analise essas questões.

305. O Estado observa ainda que as normas de *jus cogens* não estão absolutamente acima de questões procedimentais. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como já demonstrado, aplica a regra dos seis meses ou prazo razoável para a apresentação de petições, mesmo em casos envolvendo o que esse Tribunal considera graves violações de direitos humanos, como tortura e execuções extrajudiciais. Isso demonstra que há limites procedimentais a serem observados no curso do sistema de petições e casos, mesmo em se tratando do que se consideram graves violações de direitos humanos ou norma de *jus cogens*.

306. Não é novidade que parte da jurisprudência internacional entende que normas de *jus cogens* não necessariamente afastam regras procedimentais de mais baixa hierarquia, como ficou evidenciado no caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, julgado pela Corte Internacional de Justiça⁴⁷, o que demonstra que a interpretação das normas de *jus cogens* nos casos concretos não é uniforme e universal e que um mesmo órgão internacional, como a CIDH, pode, em certas ocasiões, afastar a norma de *jus cogens*, em razão de norma procedimental de caráter internacional (prazo para apresentação de petições) e, em outras, afastar norma procedimental de caráter doméstico em razão da aplicação de norma de *jus cogens*. Com efeito, não há diferença substancial entre a regra dos seis meses ou a do prazo razoável para a apresentação de petições à CIDH e outras regras de limitação formal de caráter doméstico, como a da irretroatividade da lei penal no tempo, por exemplo.

⁴⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, sentença de 3 de fevereiro de 2012. Documentos do caso disponíveis no sítio eletrônico da Corte Internacional de Justiça: <www.icj-cij.org>.

307. Por fim, deve-se ter presente que, no momento da decisão judicial de 1993 quanto ao caso concreto, que transitou em julgado, o entendimento constante dessa Honorable Corte era no sentido de que o controle de convencionalidade ante o Tribunal se restringia às leis de aplicação imediata que violassem concretamente direitos e liberdades de indivíduos específicos. A Corte IDH só poderia realizar o controle de convencionalidade de leis em abstrato, independente de violações concretas, no exercício de sua função consultiva. Esse entendimento só foi alterado em 1997.

308. Em sua Opinión Consultiva OC-14/19, de 9 de dezembro de 1994, a Corte IDH assim se manifestó sobre o assunto:

39. Como consecuencia de esta calificación, **podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Comisión directamente al Estado (art. 41.b) o en los informes a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención.**

40. Otro es el tratamiento que el mismo problema tendría ante la Corte. En efecto, en ejercicio de su competencia consultiva y en aplicación del artículo 64.2, la Corte puede referirse a la eventual violación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos por una norma interna o meramente a la compatibilidad entre esos instrumentos. Pero, en cambio, si se trata de su jurisdicción contenciosa, el análisis hay que hacerlo de otra manera.

41. Es conveniente señalar, en primer lugar, que **una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas.** Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. **O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las llamará “leyes de aplicación inmediata” en el curso de esta opinión.**

42. En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, *per se*, violación de los derechos humanos.

43. En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos

humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza.

44. Cuando se trate de aquellas normas que solamente violan los derechos humanos cuando se aplican, para evitar que tales violaciones se consumen, la Convención contempla los mecanismos de las medidas provisionales (art. 63.2 de la Convención, art. 29 del Reglamento de la Comisión).

45. **La razón de que la Comisión no pueda someter a la Corte casos de leyes que no sean de aplicación inmediata y que aún no hayan sido aplicadas, es que, conforme al artículo 61.2 de la Convención, “[p]ara que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” y para que esos procedimientos puedan ser iniciados es indispensable que la Comisión reciba una comunicación o petición que contenga una denuncia o queja de una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados.**

46. **La exigencia de que se trate de individuos determinados se desprende del artículo 46.1.b que exige que la petición o comunicación “sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva” y del artículo 46.2.b que no requiere el agotamiento de los recursos internos y exime de la exigencia del plazo mencionado cuando “no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos [...]”.**

47. Lo expresado en los párrafos anteriores ha sido también sostenido por la Corte Europea de Derechos Humanos a partir de los casos *Klass and others* (Judgment of 6 September 1978, Series A No. 28), *Marckx* (Judgment of 13 June 1979, Series A No. 31) y *Adolf* (Judgment of 26 March 1982, Series A No. 49) al interpretar la palabra “víctima” que usa el artículo 25 del Convenio (Europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

48. Si el caso llegare a la Corte después de seguido el procedimiento indicado en los artículos pertinentes, ella tendría que considerar y resolver si el acto que se imputa al Estado constituye una violación de los derechos y libertades protegidos por la Convención, independientemente de que esté o no de acuerdo con la legislación interna del Estado y, en caso afirmativo, que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias del acto violatorio y se pague una indemnización.

49. **La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha**

afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención. (grifo nosso)⁴⁸

309. No ano seguinte, em 1995, a Corte IDH voltou a reafirmar seu entendimento sobre o tema do controle de convencionalidade de leis domésticas em abstrato – desta vez, em um caso contencioso, o *Caso Genie Locayo Vs. Nicaragua*:

49. En ocasión anterior esta Corte ha dicho que “[s]on muchas las maneras como un Estado puede violar... la Convención... También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención” y que la Comisión, por su función de promoción de la observancia y defensa de los derechos humanos, tiene “facultad para dictaminar que una norma de derecho interno, como cualquier otro hecho, puede ser violatoria de la Convención...” (Ciertas atribuciones de la Comisión, supra 40, párrs. 26 y 37). Sin embargo, en el presente caso, la compatibilidad en abstracto, tal como lo ha planteado la Comisión en el “Objeto de la demanda”, de los referidos decretos con la Convención, tiene que ver con la competencia consultiva de la Corte (art. 64.2) y no con la contenciosa (art. 62.3).⁴⁹

310. No ano de 1997, a Corte Interamericana alterou seu entendimento quanto ao tema do controle de convencionalidade em abstrato de leis nacionais, por meio dos julgados dos casos *Loayza Tamayo Vs. Peru* e *Suárez Rosero Vs. Ecuador*, passando a admitir esse tipo de controle, independente de violações concretas, o que, desde 1996, já era admitido, *avant la lettre*, pelo então juiz da Corte Interamericana Antônio Augusto Cançado Trindade, conforme expressou em seu voto dissidente no *Caso El Amparo Vs. Venezuela*⁵⁰.

⁴⁸ Corte IDH. *Opinião Consultiva OC-14/94* de 9 de dezembro de 1994. Responsabilidade Internacional por Expedição e Aplicação de Leis Violatórias da Convenção (arts. 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Série A No. 14, par. 39-41.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Exceções Preliminares. Sentença de 27 de janeiro de 1995. Série C No. 21, par. 49.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Reparações e Custas. Sentença de 14 de setembro de 1996. Série C No. 28. Voto dissidente do Juiz A. A. Cançado Trindade, par. 2-3:

"2. El señalamiento por la Corte de que lo dispuesto en el artículo 54(2) y (3) del Código de Justicia Militar¹ "no ha sido aplicado en el presente caso" (párrafo 58), no la priva de su competencia para proceder a la determinación de la incompatibilidad o no de aquellas disposiciones legales² con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En mi entendimiento, la propia existencia de una disposición legal puede *per se* crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana. Una ley puede ciertamente violar estos derechos en razón de su propia

311. No Caso *Loayza Tamayo Vs. Peru*, a Corte IDH se pronunciou sobre a violação, *per se*, em abstrato, representada por decretos-lei do Estado peruano do princípio "*ne bis in idem*", previsto no artigo 8.4 da Convenção Americana:

67. En el caso presente, la Corte observa que la señora María Elena Loayza Tamayo fue procesada en el fuero privativo militar por el delito de traición a la patria que está estrechamente vinculado al delito de terrorismo, como se deduce de una lectura comparativa del artículo 2, incisos a, b y c del Decreto-Ley N° 25.659 (delito de traición a la patria) y de los artículos 2 y 4 del Decreto-Ley N° 25.475 (delito de terrorismo).

68. Ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la "*propia Policía (DINCOTE)*". Por lo tanto, **los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana.** (grifo nosso)⁵¹

312. No Caso *Suárez Rosero Vs. Ecuador*, a Corte IDH fez análise semelhante, desta vez com relação a uma previsão do Código Penal equatoriano que violaria, *per se*, o artigo 2º da Convenção Americana (dever de adotar disposição de direito interno):

97. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella (*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 36). Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 *bis* del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho.

98. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpadlos. En el caso concreto del

existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la *amenaza* real a la(s) persona(s), representada por la situación creada por dicha ley.

3. No me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño (material o moral) para que una ley pueda ser impugnada; puede serlo sin que esto represente un examen o determinación *in abstracto* de su incompatibilidad con la Convención. Si fuera necesario aguardar la aplicación efectiva de una ley ocasionando un daño, no habría como sostener el deber de prevención. Una ley puede, por su propia existencia y en la ausencia de medidas de ejecución, afectar los derechos protegidos en la medida en que, por ejemplo, por su vigencia priva a las víctimas o a sus familiares de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales, así como de las garantías judiciales plenas (en los términos de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana)."

⁵¹ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru*. Sentença de 17 de setembro de 1997 (Mérito). Série C No. 33, par. 67-68.

señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. **La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma *per se* viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.**

99. En conclusión, la Corte señala que la excepción contenida en el artículo 114 *bis* citado infringe el artículo 2 de la Convención por cuanto el Ecuador no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención. (grifo nosso)⁵²

313. A Corte Interamericana, em vários outros julgados, realizou controle de convencionalidade em abstrato de leis nacionais, sempre indicando claramente as disposições convencionais que estavam sendo violadas. No *Caso Castillo Petruzzi Vs. Peru*, o Tribunal foi categórico:

205. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ésta. La Corte ha establecido que una norma puede violar *per se* el artículo 2 de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en el caso concreto.⁵³

314. Em vista do que precede, parece ao Estado questionável determinar que uma decisão judicial doméstica feriu a Convenção Americana quando o magistrado nacional, ao apreciar o caso concreto, não estava vinculado a interpretação da Convenção Americana que sequer existia (quanto à inconvenção das leis de anistia) ou era possível (dado o entendimento então prevalecente de que a Corte IDH não podia fazer controle de convencionalidade em abstrato em casos contenciosos). Ao exigir do Poder Judiciário que tivesse atuado conforme entendimento expresso por essa Corte *a posteriori*, é possível que se esteja confundindo o conteúdo normativo do *jus cogens*, conforme o que é reconhecido internacionalmente como objetivamente exigível dos Estados sem a possibilidade de derrogações, e o nexo de imputação de uma obrigação ao Estado por violação de uma norma de *jus cogens*. Essas questões são diversas. Se não o fossem, estaria a Corte Interamericana autorizada a responsabilizar internacionalmente até mesmo Estados que não reconheceram sua competência contenciosa, em se tratando de suposta violação a norma de *jus cogens*. Afinal, nessa situação, não haveria qualquer limite para a imputação de obrigações ao Estado por

⁵² Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentença de 12 de novembro de 1997 (Mérito). Série C No. 35. par. 97-99.

⁵³ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros Vs. Peru*. Sentença de 30 de maio de 1999 (Mérito, Reparações e Custas).. Série C No. 52. par. 205. No mesmo sentido: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru*. Sentença de 18 de agosto de 2000 (Mérito).. Série C No. 69. par. 176.

violação de norma de *jus cogens*, supostamente em razão do fato de se tratar de obrigações *erga omnes* que não admitem derrogação, de forma independente da vontade dos Estados.

315. Em vista dos argumentos expendidos, o Estado defende que: (i) não era juridicamente exigível das autoridades nacionais entendimento diverso daquele adotado em 1993 quanto às investigações; (ii) o questionamento do entendimento doméstico com fundamento em jurisprudência internacional posterior desconsidera limites formais aplicáveis ao devido processo legal (como a coisa julgada material); (iii) a observância de normas procedimentais de mais baixa hierarquia (prazo para apresentação de petições, *e.g.*) em face do que se possa considerar normas de *jus cogens* ou graves violações de direitos humanos (proibição da tortura, *e.g.*) não difere materialmente da observância em nível doméstico dos limites formais à atuação do juiz (prescrição, coisa julgada, irretroatividade da lei penal mais severa, *e.g.*); (iv) o conteúdo normativo do que se possa considerar norma de *jus cogens* ou graves violações de direitos humanos não se confunde com ausência de limites para responsabilização internacional do Estado; e (v) em razão de todas essas questões, o Estado brasileiro entende que não pode ser responsabilizado pela alegada denegação de justiça no caso concreto.

IV.4.1.b. O acusado absolvido por decisão transitada em julgado não pode ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos (art. 8.4 da CADH): a) a pretensão das vítimas implicaria ofensa à garantia à coisa julgada e consequente violação à CADH; b) a coisa julgada já realizada em processo penal não pode ser afastada por lei e, menos ainda, por decisão judicial

316. Como exposto acima, a reabertura das investigações no caso em exame, em 2008, foi obstada em razão do reconhecimento da garantia da coisa julgada e da prescrição. No que se refere à coisa julgada, assim consta da manifestação do Ministério Público:

Não resta nenhuma dúvida de que decisão de arquivamento de inquérito policial por reconhecimento de anistia produz coisa julgada material. Isso porque, assim como a prescrição, a anistia é causa de extinção da punibilidade prevista no artigo 107 do Código Penal. A material é de mérito, sem dúvida, pois as causas de extinção da punibilidade geram como efeito jurídico a extinção do poder-dever de punir do Estado, poder-dever esse nascido quando da prática do crime.

Nesse sentido, nos mesmos moldes do que ocorre com o arquivamento de inquérito policial por reconhecimento de prescrição, e ao contrário do mero arquivamento por falta de provas, o arquivamento por reconhecimento de anistia transita em julgado, não se admitindo posterior reabertura da investigação. Em qualquer caso de extinção da punibilidade da qual não mais caiba recurso, o efeito jurídico deve ser o mesmo, produzindo-se a coisa julgada material.

317. Não parece controvertido que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8.4, traga proteção à coisa julgada:

O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

318. A respeito do dispositivo, essa Ilustre Corte, ao julgar o *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru*, já teve oportunidade de esclarecer:

66. De acordo com a denúncia da Comissão sobre a violação, em prejuízo da Senhora María Elena Loayza Tamayo, da garantia judicial que proíbe o duplo julgamento, a Corte observa que, o princípio de non bis in idem está contemplado no artigo 8º(4) da Convenção, nos seguintes termos:

4. O acusado absolvido por uma sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

Este princípio procura proteger os direitos dos indivíduos que foram processados por determinados fatos para que não sejam novamente julgados pelos mesmos fatos. A diferença da fórmula utilizada por outros instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos (por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, artigo 14.7, referente ao mesmo “delito”) é que a Convenção Americana utiliza a expressão “os mesmos fatos”, que é um termo mais amplo em benefício da vítima.⁵⁴ (grifo nosso)

319. A questão posta, portanto, é se o caso concreto contém os elementos necessários à superação da coisa julgada material. A esse respeito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no Relatório nº. 71/15, emitido no âmbito deste mesmo caso, invoca a seguinte decisão dessa Ilustre Corte, proferida no âmbito do *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*:

No que se refere ao princípio *ne bis in idem*, mesmo que se trate de um direito humano reconhecido no artigo 8.4 da Convenção Americana, não é um direito absoluto e, portanto, não é aplicável quando: i) a atuação do tribunal que conheceu o caso e decidiu arquivar ou absolver o responsável por uma violação aos direitos

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Sentença de 17 de setembro de 1997 (Mérito). Série C No. 33, par. 66.

humanos ou ao Direito Internacional obedeceu o propósito de eximir o acusado de sua responsabilidade penal; ii) o procedimento não foi instruído independente ou imparcialmente de acordo com as devidas garantias processais, ou iii) não houve a real intenção de submeter o responsável à ação da justiça. Uma sentença pronunciada nas circunstâncias indicadas produz uma coisa julgada “aparente” ou “fraudulenta”⁵⁵.

320. Como se verifica, essa Colenda Corte adota o entendimento de que a aplicação do instituto do *ne bis in idem* deve ser afastada em três situações específicas: i) se for identificado o propósito do tribunal de eximir o acusado de sua responsabilidade penal; ii) se o procedimento não foi instruído independente ou imparcialmente de acordo com as devidas garantias processais, ou iii) se não houve a real intenção de submeter o responsável à ação da justiça.

321. Ainda que inquestionavelmente graves as violações perpetradas contra Vladimir Herzog, as quais o Estado reconhece que o inquérito policial militar de 1975 falhou em apurar (fatos fora da competência temporal desse Tribunal), não se pode afirmar que a decisão que transitou em julgado em 1993 e que obstou o prosseguimento das investigações do inquérito de 1992 se enquadre em uma dessas três situações. Em primeiro lugar, é necessário reconhecer que as investigações estavam sendo conduzidas de forma **independente e imparcial**, tanto é que o inquérito foi instaurado a partir de pedido do Ministério Público, após representação do então Deputado Federal Dr. Hélio Pereira Bicudo.

322. Ademais, no curso desse inquérito foram realizadas várias diligências e foram colhidas declarações da viúva Clarice Herzog, dos jornalistas George Benigno Jatahy Duque Estrada, Rodolfo Osvaldo Konder, Anthony Jorge Andrade de Christo, Luis Fernando Passo Correia de Sá, Luiz Weis, Antonio Carlos Prado Ribeiro e Paulo Sérgio Markun; e das testemunhas Maria Amélia de Almeida Teles e Ivan Akselrud de Seixas, que teriam reconhecido Pedro Antônio Mira Grancieri como um dos autores das torturas que sofreram enquanto estiveram presos. A oitiva de tais testemunhas bem indica que **o procedimento investigatório instaurado não tinha propósito de ser apenas aparente. Não é possível sequer cogitar que não havia a real intenção de submeter o responsável à ação da justiça**. Tanto é que o Ministério Público solicitou que Pedro Antônio Mira Grancieri fosse submetido a reconhecimento pessoal, fato que

⁵⁵ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). par. 154.

ensejou a impetração do *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

323. Ao julgar o referido *habeas corpus*, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu pelo trancamento do inquérito com base na Lei de Anistia, diploma legal vigente. A atuação do referido tribunal não foi, em momento algum, direcionada ao propósito de eximir o acusado de sua responsabilidade penal. Ao contrário, o Tribunal se manifesta de forma favorável à reabertura das investigações (Anexo 10 – Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no HC 131.798-3/2):

Desta forma, plenamente justificada a reabertura de investigação, por ocorrência de fato novo e superveniente, fruto daquela edição semanal. Ficou bem delineada sua vinculação, forte e direta, na morte de Vlado, cuja versão oficial, de suicídio, já bem rechaçada pelo Poder Judiciário em brilhante e memorável sentença do Magistrado Dr. MÁRCIO JOSÉ DE MORAES [...].

Possível, pois, seria a investigação dos fatos já que o anterior arquivamento, como é cediço, não fez coisa julgada. Não poderia mesmo fazer por não encerrar decisão definitiva de mérito, não abordado, nem mesmo fulminado de forma indireta. O “*meritum causae*” não foi objeto de decisão alguma pela Justiça Castrense.⁵⁶

324. No que se refere à incompetência do juízo, é possível asseverar, a partir das decisões dessa Corte, que eventual alegação nesse sentido não é suficiente para afastar a aplicação do instituto do *ne bis in idem*, pois o que importa é se haverá julgamento pelos mesmos fatos ou não. Veja-se o que restou decidido no já citado *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*:

76. A Corte considera que, no presente caso, a Senhora María Elena Loayza Tamayo foi absolvida do delito de traição à pátria pelo foro militar, não somente em razão do sentido técnico da palavra “absolvição”, mas também porque **o foro militar, no lugar de se declarar incompetente, conheceu dos fatos, circunstâncias e elementos probatórios do comportamento atribuído, os valorou e resolveu absolvê-la.**

77. Do anterior a Corte conclui que, ao ser julgada a Senhora María Elena Loayza Tamayo na jurisdição ordinária pelos mesmos fatos que tinha sido absolvida na jurisdição militar, o Estado Peruano violou o artigo 8º(4) da Convenção Americana.⁵⁷ (grifo nosso)

⁵⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no HC 131.798-3/2, fl. 3.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Sentença de 17 de setembro de 1997. (Mérito). Série C No. 33, par. 76-77.

325. Tratando-se de julgamento pelos mesmos fatos, apenas a coisa julgada “aparente” ou “fraudulenta” permite que seja superado o obstáculo resultante da aplicação do instituto do *ne bis in idem*. Útil, portanto, trazer à colação mais um julgado dessa Ilustre Corte, em que restou delineado o que seria a coisa julgada fraudulenta:

131. El desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad.⁵⁸ (grifo nosso)

326. De igual modo, no presente caso, não é possível asseverar que, no ato de arquivamento das peças de informação do MPF em 2008, não se tenha respeitado as regras do devido processo ou que os juízes não atuaram com independência e imparcialidade. Conquanto isso pudesse ser objeto de questionamentos a respeito da investigação instaurada na Justiça Militar, não foi ela que produziu coisa julgada, mas sim a decisão da Justiça Comum, que transitou em julgado em 1993, período em que o país já se encontrava inequivocamente redemocratizado, não havendo espaço para se levantar dúvidas sobre a independência e a imparcialidade dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ou dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, autoridades judiciais que atuaram em seus colegiados, coletivamente, para decidir pelo arquivamento das investigações.

327. Mesmo que referido processo esteja fora da competência temporal da Corte, seu exame permite concluir pelo acerto da manifestação do Ministério Público, em 2008, e do seu acolhimento pelo juízo competente, uma vez que nenhuma das três situações aptas a afastar a aplicação do instituto do *ne bis in idem*, nos termos do que tem decidido essa ilustre Corte, está presente no caso em exame. Ainda que não se tenha obtido uma decisão condenatória, não é possível dizer que o processo foi fraudulento ou aparente. É nítida a instauração de inquérito com o real e verdadeiro propósito de investigar, processar e punir, motivo pelo qual, a despeito do resultado, deve ser preservada a coisa julgada.

328. Verifica-se, pois, que a superação da coisa julgada, no presente caso, colidiria com o disposto no art. 8.4 da CADH e representaria, por essa razão, reparação

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*. Sentença de 22 de novembro de 2004. (Mérito, Reparações e Custas). par. 131.

a uma eventual violação a direito por meio de outra violação, algo que parece contrariar o espírito de proteção que permeia toda a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

329. O Estado brasileiro, com base nesses fundamentos, solicita a essa Honorável Corte que reconheça a inexistência de violação ao art. 25.1 da CADH por parte do Estado nos procedimentos envolvendo as investigações criminais contra os responsáveis pelo homicídio e por maus tratos perpetrados contra Vladimir Herzog.

IV.4.1.c. Ninguém pode sofrer privação de sua liberdade, salvo nas condições fixadas por lei anterior ao fato que lhe dá causa (art. 7.2 da CADH): a) a pretensão das vítimas implicaria desconsideração da garantia à prescrição penal e consequente violação à CADH; b) a prescrição penal de fatos já ocorridos não pode ser afastada por lei e, menos ainda, por decisão judicial ou aplicação analógica do regramento dos crimes contra a humanidade da jurisdição penal internacional

a) A imprescritibilidade na jurisdição penal doméstica como exceção

330. A prescrição penal reflete a extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo, no âmbito de sua jurisdição doméstica.

331. No âmbito internacional, de igual modo, qualquer pessoa que tenha cometido um ilícito ou que seja objeto de investigações possui, no direito costumeiro e dos tratados, uma série de garantias processuais, encontradas em inúmeros estatutos de diversos tribunais internacionais⁵⁹. Entre as prerrogativas e direitos de que gozam, encontra-se o instituto da prescrição.

332. A garantia oferecida pela prescrição impõe limites à própria atuação do Estado na apuração e responsabilização por atos ilícitos cometidos dentro de seu território do Estado, não lhe sendo facultado ultrapassá-los, ainda que com o fim de garantir a aplicação da lei penal. Isso porque o dever de investigar e punir não pode ser

⁵⁹ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press, 2008. p. 403.

cumprido à margem da observância da legalidade, da segurança jurídica, da estabilidade das relações humanas e, em última análise, do Estado Democrático de Direito⁶⁰.

333. As limitações temporais do poder do Estado para exercer a persecução penal foram reconhecidas por essa Corte Interamericana no Caso Castillo Petruzzi e outros Vs. Peru:

204. Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. **Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana**⁶¹. (grifo nosso)

334. Considerado que a gênese e a legitimação do instituto da prescrição guardam estreita relação não só com a segurança jurídica, mas também com a dignidade da pessoa humana⁶², resta claro que a imprescritibilidade, acaso aceita, deve ser tratada como exceção.

335. Grandes penalistas chegam mesmo a questionar se deveria haver crimes imprescritíveis. É o que se verifica na lição de Zaffaroni e Pierangeli:

455. A questão da imprescritibilidade

Todos os tipos de crime deveriam estar sujeitos à prescrição, sem qualquer consideração pela sua natureza ou pela sua gravidade. No entanto, este princípio não vem sendo sufragado por todas as ordens jurídico-penais, e, ainda recentemente, tem-se assistido, em vários movimentos internacionais, a um redobrado esforço em favor da imprescritibilidade – tanto no âmbito do direito penal como no do processo penal –, quanto aos crimes atentatórios à paz e à humanidade, muito especialmente ao genocídio, e a outros, puníveis com pena de morte e de prisão perpétua.

Não nos parece existir fundamentação suficiente para isso. Não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da comunidade, possa merecer a imprescritibilidade, máxime se atentarmos que as expectativas

⁶⁰ CORTE IDH. *Opinião consultiva OC-8/87*, de 30 de janeiro de 1987, par. 24 e 26.

⁶¹ CORTE IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros Vs. Peru*. Sentença de 30 de maio de 1999, Série C, nº 52. par. 204.

⁶² MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Sobre a imprescritibilidade penal. *Boletim IBCCRIM*. Ano 19. Nº 228. Novembro, 2011. p. 6.

comunitárias de reafirmação da validade da ordem jurídica não perduram indefinidamente⁶³.

336. Não obstante o respeitável entendimento doutrinário lembrado acima, o Estado brasileiro se permite discordar, por entender que a jurisdição penal doméstica pode ser exercida, para a investigação e punição de certos crimes, sem a incidência de prazos prescricionais.

337. A atividade persecutória demonstra que certos crimes, por sua gravidade ou complexidade, devem prescrever em período de tempo maior, o que recomenda ao legislador penal doméstico a adoção de períodos prescricionais gradativos, segundo aqueles fatores. Outros crimes, ademais, por extraordinária gravidade ou repulsa social, podem ser declarados legalmente como imprescritíveis. São opções que o legislador pode exercer, como o fez a Constituição Federal brasileira, ao declarar serem imprescritíveis os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático⁶⁴.

338. Ainda assim, como se percebe, a opção da sociedade brasileira, como de resto deve ocorrer em qualquer outra nação contemporânea, levou à fixação de extraordinária imprescritibilidade para a persecução de certos crimes por meio de norma escrita – no caso brasileiro, norma constitucional –, em observância ao inafastável princípio da legalidade penal.

339. Essa legítima opção legislativa também deve se restringir aos fatos posteriores à lei que impõe regime processual prejudicial ao acusado – ao ampliar ou mesmo extinguir prazo prescricional fixado anteriormente –, por incidência, igualmente inafastável, do princípio da anterioridade da lei penal prejudicial (ou da ultratividade da lei penal mais benéfica).

340. Tem-se, em conclusão, que a garantia da prescrição penal é alicerce fundamental do Estado Democrático de Direito e só pode ser afastada excepcionalmente: a) para a persecução penal de certos crimes, cuja fixação de prazo prescricional atente contra sua gravidade ou complexidade; e b) mediante previsão legal, por observância do princípio da legalidade em matéria penal; e c) para fatos

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 714-715.

⁶⁴ BRASIL. Constituição Federal, artigo 5º, XLII e XLIV.

posteriores à lei que determina a imprescritibilidade, por incidência do princípio da anterioridade da lei penal.

b) A imprescritibilidade de crimes punidos pela jurisdição internacional penal e sua inaplicabilidade à jurisdição penal doméstica

341. A Corte, em sua jurisprudência constante, buscou precisar as situações nas quais o instituto da prescrição não pode ser considerado. No caso *Loayza Tamayo Vs. Peru*, por exemplo, durante a supervisão de cumprimento de sentença, a Corte Interamericana assentou que a prescrição deve ser devidamente observada pelo julgador para toda pessoa que cometer um delito. O Tribunal ressaltou que a invocação e a aplicação da prescrição seriam inaceitáveis apenas quando restar claramente comprovado que o transcurso do tempo foi determinado por ações ou omissões impregnadas de evidente má-fé ou negligência, com o objetivo de permitir a impunidade. Veja-se:

40. Al respecto, esta Corte recuerda que si bien la prescripción debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito, la invocación y aplicación de la misma es inaceptable cuando ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o permitir la impunidad. Así, la Corte reitera lo señalado en otras oportunidades, en el sentido de que “[e]l derecho a la tutela judicial efectiva exige [...] a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”. Asimismo, el Tribunal ha señalado que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas”. Es decir que la prescripción cede ante los derechos de las víctimas cuando se presentan situaciones de obstrucción de la obligación de identificar, juzgar y sancionar a los responsables de un delito⁶⁵. (grifo nosso)

342. A relativização da incidência da prescrição, como descrita acima, parece ao Estado brasileiro bastante razoável, haja vista que o direito de persecução penal que o Estado exerce em favor de toda a sociedade não pode ser anulado por agentes estatais que eventualmente atuam de má-fé para proteger investigados e acusados. No presente

⁶⁵ CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru*. Supervisão de cumprimento de sentença de 1º de julho de 2011, par. 40.

caso, contudo, não há, entre os fatos submetidos à apreciação da Corte, comprovação de atuação dotada de má-fé com intento dirigido a promover a impunidade dos transgressores.

343. O Estado brasileiro conhece jurisprudência dessa Honorável Corte que vai mais além, para compreender como imprescritíveis crimes instituídos pela jurisdição doméstica quando estes constituem “*graves violações de direitos humanos*”. No caso *Barrios Altos Vs. Peru*, na sentença de mérito, essa Egrégia Corte destacou não ser admissível a alegação de prescrição que pretenda impedir a investigação e sanção dos responsáveis por “*violaciones graves de derechos humanos*”, tais como tortura, execuções sumárias e desaparecimentos forçados. *Verbis*:

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁶⁶.

344. Não obstante, o Estado brasileiro se permite registrar divergência quanto à referida compreensão e maior alinhamento com a jurisprudência dessa Honorável Corte reproduzida mais acima. A construção da tese de imprescritibilidade dos crimes que constituem “*graves violações de direitos humanos*” é claramente inspirada no Direito Internacional Penal, especialmente na imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, tal como previstos, por exemplo, no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

345. A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade já se tornou traço definidor das condutas escolhidas internacionalmente para compor referido conceito. E não por acaso. Com efeito, a jurisdição penal internacional se exerce, em regra, sobre fatos ocorridos há muito tempo. Como a jurisdição penal internacional funciona em caráter secundário, especialmente quando o Estado primariamente responsável não exerce sua jurisdição efetivamente, o Direito Internacional precisa autorizar seu exercício em momento muito posterior ao da ocorrência dos fatos. É necessário, portanto, afastar limites temporais tradicionalmente impostos pelo Direito Penal (como

⁶⁶ CORTE IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Peru*. Sentença de 14 de março de 2001, Série C, nº 75, parágrafo 41.

a prescrição) para que tribunais internacionais julguem aqueles crimes, sob pena de se tornar inviável sua jurisdição.

346. Essa relação de causa (decorso de longo período entre fatos e início do processo) e efeito (imprescritibilidade) não existe, por presunção, quando se trata de exercício da jurisdição penal doméstica. O direito-dever do Estado de exercer a persecução penal impõe aos agentes públicos atuação imediata, tão logo tomem conhecimento dos fatos imputados como crime. Não há jurisdição anterior a ser exercida para que devam atuar. São os agentes estatais os primariamente responsáveis pela investigação e punição dos fatos comprovadamente violadores da lei penal. Em outras palavras, se no exercício da jurisdição internacional penal a imprescritibilidade se tornou traço característico da persecução de crimes graves, no âmbito das jurisdições penais domésticas, como se disse acima, a imprescritibilidade é e deve ser, sem sombra de dúvidas, absoluta exceção.

347. Dessa forma, a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, sujeitos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional e de outras cortes internacionais com jurisdição penal, não impõe aos legisladores domésticos a obrigação de retirar a prescrição daqueles ou de outros crimes com vistas ao exercício da jurisdição penal nacional. Nada há no Estatuto de Roma ou em qualquer outro tratado de que o Brasil seja parte que imponha à persecução penal doméstica, sobre determinado crime, o afastamento de prazos prescricionais.

348. Esta posição do Estado brasileiro naturalmente não contesta a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no que são eles sujeitos ao exercício da jurisdição penal internacional. O Estado brasileiro é signatário de tratados que estabelecem esta imprescritibilidade e pugna firmemente por sua aplicação, como medida necessária para a efetividade da punição de crimes graves pela justiça internacional. Não há, contudo, lastro no Direito Internacional para se estender a imprescritibilidade de tais crimes à jurisdição penal doméstica.

c) A irretroatividade da imprescritibilidade penal prevista no Estatuto de Roma

349. A par das considerações acima, necessário registrar que, ainda que se entenda que a imprescritibilidade prevista no Direito Internacional Penal se aplica automaticamente à jurisdição interna, tem-se que a imprescritibilidade prevista no Estatuto de Roma não pode alcançar fatos anteriores à data da ratificação do estatuto pelo Estado brasileiro, por força da irretroatividade da lei penal.

350. Trata-se de entendimento em consonância com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assim dispõe em seus artigos 7.2 e 9º:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

[...]

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

351. O artigo 9º da Convenção Americana trata tanto do princípio da legalidade criminal quanto da legalidade penal, ou seja, não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal⁶⁷. Desses princípios irradiam garantias como o da *lex praevia* e da *lex scripta*. A respeito dessas garantias, a doutrina esclarece:

a) “Lex praevia” (exigência de lei anterior). Decreto-lei e medida provisória.

14. A lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir. E só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais.

[...]

Aos brasileiros que, nos dias de hoje, assistem atônitos à edição de em série de medidas provisórias, é bom lembrar que, por decreto-lei, já tivemos “leis” de segurança nacional, o que poderá surgir, a qualquer

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.158.

momento, uma tentativa de recaída nessa linha de orientação, desta feita obviamente por “medida provisória”.

Fiquemos, pois, com o princípio da reserva legal em suas linhas tradicionais. Disso não teremos que nos penitenciar, um dia, como ocorreu em alguns países da Europa, em épocas de triste memória.

b) “Lex scripta” (hipóteses de exclusão e de admissibilidade dos costumes)

18. Da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição de invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval⁶⁸.

352. A garantia da anterioridade da lei penal (*lex praevia*) está claramente relacionada à aplicação da lei penal no tempo, que contempla a irretroatividade da lei penal nova mais gravosa:

95. O princípio geral e a exceção

O princípio da irretroatividade da lei penal tem caráter constitucional, de modo que a lei penal deve ser entendida como aplicável somente aos fatos que tenham ocorrido após a sua entrada em vigência. Como consequência necessária do princípio da legalidade, ficam eliminadas as chamadas leis *ex post facto*.

A garantia da legalidade (art. 5º, II e XXXIX, CF/88) tem claro sentido de impedir que alguém seja punido por um fato que, ao tempo do cometimento, não era delito, ou de impedir que ao condenado seja aplicada uma pena mais grave do que aquela legalmente prevista ao tempo da realização do fato delituoso. Posto que esse – e não o outro – é o objeto da proscrição da lei penal *ex post facto*, o princípio geral da irretroatividade da lei penal reconhece uma importante exceção, consistente na admissão de efeito retroativo da lei penal mais benigna.

O art. 9 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos expressa, com toda precisão, o alcance da irretroatividade da lei mais benigna: “Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado”⁶⁹.

353. A respeito da amplitude da irretroatividade da lei penal mais gravosa, a doutrina esclarece que ela é aplicável a todas as normas de direito material:

⁶⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 23-25.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 218.

a) “Lex gravior”. Irretroatividade absoluta

28. A lei penal mais grave não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência, seja quando cria figura penal até então inexistente, seja quando se limita a agravar as consequências jurídico-penais do fato, isto é, a pena ou a medida de segurança. Há, pois, uma proibição de retroatividade das normas penais mais severas de direito penal material.

[...]

30. Em suma, a norma de direito material mais severa só se aplica, enquanto vigente, aos fatos ocorridos durante sua vigência, vedada em caráter absoluto a sua retroatividade. Tal princípio se aplica a todas as normas de direito material, pertençam elas à Parte Geral ou à Especial, sejam normas incriminadoras (tipos legais de crime), sejam normas reguladoras da imputabilidade, da dosimetria da pena, das causas de justificação ou de outros institutos de direito penal⁷⁰. (grifo nosso)

354. É nesse sentido que a doutrina, ao comentar o artigo 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, registra que ele abrange a irretroatividade da lei penal mais severa, qualquer que seja o aspecto disciplinado do Direito penal incriminador:

(2) Lei penal no tempo: a lei penal rege os fatos ocorridos durante o tempo de sua vigência (*tempus regit actum*). [...]

Princípios regentes: ao conjunto de regras e princípios que regulam o conflito de leis penais no tempo dá-se o nome de Direito penal intertemporal. Para resolver esse assunto foram desenvolvidos dois princípios básicos e dois outros correlatos:

1º) Irretroatividade da lei penal mais severa: [...] Em outras palavras, qualquer que seja o aspecto disciplinado do Direito penal incriminador (que cuida do âmbito do proibido e do castigo), sendo a lei nova prejudicial ao agente, não pode haver retroatividade.⁷¹

355. Tais considerações não destoam do já decidido por essa Ilustre Corte em julgamento no qual teve oportunidade de se manifestar a respeito da interpretação do artigo 9º da Convenção Americana:

173. Para analizar la alegada violación al artículo 9 de la Convención en este caso, es preciso hacer referencia a los principios de legalidad, de irretroactividad de la norma

⁷⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 31-32.

⁷¹ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.162.

desfavorable y de retroactividad de la norma penal más favorable, este último alegado como violado en el presente caso.

174. Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos, y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.

175. De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado se encuentra impedido de ejercer su poder punitivo en el sentido de aplicar de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de delito. Asimismo, tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible.

176. Asimismo, este Tribunal ha interpretado que los principios de legalidad y de irretroactividad de la norma desfavorable son aplicables no sólo al ámbito penal, sino que, además, su alcance se extiende a la materia sancionatoria administrativa.

177. En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo.⁷² (grifo nosso)

356. Sendo a prescrição tema de direito material, tudo quanto acima exposto a respeito da irretroatividade da lei penal possui incidência sobre eventuais normas que venham a estipular a imprescritibilidade. Na verificação de que tipos de lei penal estão sujeitos ao princípio da irretroatividade deve-se aplicar o mesmo raciocínio exposto para identificação da lei penal mais benéfica:

La ley penal más benigna no es sólo la que desincrimina o la que establece pena menor, pues (a) puede tratarse de la creación de una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, de un impedimento a la operatividad de la penalidad, etc.; (b) puede provenir también de otras circunstancias, como el menor tiempo de prescripción, una distinta clase de pena, una nueva modalidad ejecutiva de la pena, el cumplimiento parcial de la misma⁷³.

⁷² Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentença de 31 de agosto de 2004 (Mérito, Reparações e Custas).

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Ediar: Buenos Aires, 2002. p. 121.

357. Assim, ainda que essa ilustre Corte considere que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, porque o Brasil é parte do Estatuto de Roma, essa imprescritibilidade não pode alcançar fatos anteriores à data da ratificação do Estatuto, por força da irretroatividade da lei penal mais severa. Nesse sentido:

[...] a refutação ao argumento da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é implacável: os instrumentos normativos constitucionais somente adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização e o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, nem qualquer outro tratado que contivesse cláusula semelhante. Isso somente veio a acontecer em 25.09.2002, através do já mencionado Dec. 4.388, quando foi promulgado o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional ao ordenamento interno.

[...]

Portanto, se a imprescritibilidade dos delitos de lesa-humanidade representa uma exceção gravosa na disciplina geral da prescrição por habilitar ampliativamente a persecução e a execução penal, por essa premissa deve submeter-se ao princípio da legalidade, encampada pelo próprio Estatuto de Roma⁷⁴.

358. De fato, o próprio Estatuto de Roma reafirma expressamente, entre os Princípios Gerais do Direito Penal, o Princípio da Legalidade:

Artigo 22

Nullum crimen sine lege

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.

2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.

⁷⁴ CRUZ, Eugenius Costa Lopes da. Justiça de Transição: reflexões sobre a imprescritibilidade da persecução penal no caso brasileiro. *Revista de Direito Brasileira*. Ano 2. Vol. 3. 2012. p. 397.

359. Uma vez que o Brasil passou a ser signatário do Estatuto de Roma apenas em 2002, não há como nele se pautar para assinalar a imprescritibilidade de crime cometido em 1975, ainda que se trate de crime inegavelmente grave.

360. Logo, o Estado brasileiro acredita que a impossibilidade de se afastar a prescrição penal, para que futuramente se inicie procedimento de investigação e punição das práticas de tortura e homicídio perpetradas por agentes estatais em desfavor de Vladimir Herzog, está também em consonância com o artigo 9º da Convenção Americana.

361. Assim, restaria reconhecer que a imprescritibilidade decorreria de costume internacional, ponto com o qual o Estado brasileiro não pode concordar.

d) A impossibilidade de adoção da imprescritibilidade penal fundada em costume internacional

362. Afirmar que a imprescritibilidade decorre do costume encontra igual óbice no artigo 9º da Convenção Americana, que, conforme exposto acima, contempla o princípio da legalidade, do qual decorre não só a garantia da *lex praevia*, como também da *lex scripta*, da qual, repisa-se, “resulta, como corolário, a proibição de invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval”⁷⁵.

363. De fato, sendo a prescrição uma das garantias penais mais importantes do Estado Democrático de Direito, ela está absolutamente sujeita ao princípio da legalidade.

364. Nesse sentido, é de se reconhecer que, sendo a prescrição norma de direito penal e de cunho material, é juridicamente impossível se conceber o reconhecimento de suposto costume internacional como fonte de imprescritibilidade para persecução de certos crimes, por mais graves que eles possam ser:

Em segundo lugar, o costume internacional não pode ser fonte de direito penal. Somente uma lei escrita e em sentido formal (lei

⁷⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 23-25.

ordinária, lei complementar e emenda à Constituição) pode regular o *jus puniendi* do Estado. Ora, a proibição do direito consuetudinário para fundamentar e agravar a pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) é um princípio básico do direito penal moderno, decorrente do princípio da legalidade ou da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), previsto atualmente em quase todas as Constituições democráticas do mundo. [...] Por conseguinte, um costume internacional não pode prescrever a imprescritibilidade para os crimes de lesa humanidade, quando a legislação brasileira assim não estabelecer.

Importante notar que, em recente projeto de pesquisa do Instituto Max Planck de Freiburg, intitulado Persecução Penal Nacional de Crimes Internacionais sob uma Perspectiva Internacional Comparada e que contou com a participação de mais de 35 países, concluiu-se que **“a possibilidade, para cobrir os déficits da legislação na matéria, de recorrer diretamente no âmbito interno às figuras penais do direito internacional tal como estão descritas, por exemplo, nas convenções internacionais, encontra-se excluída nos ordenamentos jurídicos latino-americanos em razão da vigência do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*”**.⁷⁶ (grifo nosso)

365. Se bem não pareça haver dúvidas quanto à impossibilidade de existência de costume internacional para adoção de institutos de direito penal, a própria existência de um costume internacional de imprescritibilidade na persecução de certos crimes não pode contar com a concordância do Estado brasileiro.

366. O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelece o costume como “prova de uma prática geral aceita como sendo o direito”. A primeira parte desse conceito (prova de uma prática geral) embute o elemento objetivo do costume e a segunda (aceita como sendo o direito), o elemento subjetivo⁷⁷. No caso em exame, seria possível falar em repetição generalizada, reiterada e uniforme da aplicação da imprescritibilidade quanto a fatos semelhantes nas jurisdições penais domésticas de todo o mundo? Considerando-se que, para uma regra ser considerada norma de Direito Internacional, deve ser ela geralmente aceita, tácita ou expressamente, pelos Estados, a resposta há de ser negativa:

Reconhecer nos objetivos da Convenção à qual não aderimos, como aliás muitos outros Estados, e que declara imprescritíveis os crimes contra a humanidade tais como formatados pela Carta do polêmico

⁷⁶ SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar. Contornos do debate. In: DIMITRI, Demoulis; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (orgs.). *Justiça de transição no Brasil – Direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 42-43.

⁷⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Algumas questões jurídicas sobre a formação e aplicação do costume internacional. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 921 (2012), p. 259-278.

Tribunal de Nuremberg (princípio 6, alínea c) – aliás, categoria evitada por aquele tribunal – um costume, é, sem dúvida, artificioso, mesmo depois de dois tribunais internacionais *ad hoc* insistirem na coisa, e mesmo que no direito internacional o costume frequentemente não passe de um disfarce da jurisprudência. Onde está o requisito externo do costume, aquela “observância constante” que a doutrina unanimemente requisita, aquela “*pratique générale acceptée comme étant le droit*” do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça? Em nossa tradição jurídica, o costume pressupunha um comportamento “longamente usado” (Ord. Fil. III, LXIV), que a lei da boa razão quantificou (inc. 14) no “tempo de cem annos”. E onde está o requisito interno, o *tacitus consensus populi* da epítome atribuída a Ulpiano (I, 4) que, internacionalizado, demandaria um consenso plural de povos?⁷⁸

367. Não foi por outra razão que, na promoção das peças de informação do MPF, em 2008, ponderou-se:

É duvidosa a existência do referido costume internacional. O primeiro diploma normativo a estabelecer expressamente a imprescritibilidade, justamente a mencionada Convenção de 1968, até o ano de 1975, não tinha recebido o aval de sequer vinte países, como pode ser visto no sítio da internet <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty6.htm>. Até hoje, países de grande relevância mundial como Estados Unidos da América, Japão, Alemanha, França, Itália, Reino Unido e China não o assinaram.

Fica difícil, portanto, admitir a real existência de uma norma consuetudinária acerca da imprescritibilidade, uma vez que tão poucos Estados aderiram a um tratado que nada mais faria senão exprimir um costume previamente existente.

368. O Estado brasileiro entende que a conclusão, aqui, não pode ser outra. Tratando-se a imprescritibilidade de exceção que agrava a situação do indivíduo, ela deve ser prévia e expressamente prevista, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal, albergados pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

IV.4.1.d. Ninguém pode sofrer privação de sua liberdade, salvo nas condições fixadas por lei anterior ao fato que lhe dá causa (arts. 7.2 e 9 da CADH): a) a pretensão das supostas vítimas implicaria afastamento da irretroatividade da lei penal para punição da tortura praticada contra Vladimir Herzog e consequente violação à CADH; b) a

⁷⁸ BATISTA, Nilo. *Justiça de transição no Brasil – Direito, responsabilização e verdade*. In: DIMITRI, Demoulis; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9. Nota de rodapé n. 3.

irretroatividade da lei penal não pode ser afastada por lei e, menos ainda, por decisão judicial

369. Uma das consequências da redemocratização do Estado brasileiro foi a criação de um ambiente favorável à necessária tipificação do crime de tortura. Assim, em 7 de abril de 1997, a Lei nº. 9.455 ingressa no ordenamento jurídico brasileiro definindo os crimes de tortura nos seguintes termos:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;

II – se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;

III - se o crime é cometido mediante seqüestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 2º O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.

370. Por mais odiosa e condenável que seja a prática de atos de tortura, é necessário reconhecer que a persecução penal com fundamento na Lei nº 9.455 somente pode ser feita a partir da sua entrada em vigor. Entendimento diverso importaria em violação da Convenção Americana, em seus artigos 7.2 e 9º, nos mesmos termos já tratados no tópico anterior desta manifestação.

371. **Assim, necessário reconhecer que a apuração do crime de tortura encontra, no presente caso, também óbice no princípio da legalidade e na irretroatividade da lei penal mais gravosa**, uma vez que o Brasil tipificou o crime de tortura em 1997, com a Lei nº. 9.455, de 7 de abril de 1997. Decisão interna nesse sentido está em consonância com as disposições da própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, motivo pelo qual não há que se falar que tal conduta importe em violação às garantias judiciais ou a outro dispositivo do referido tratado ou à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

372. Logo, o Estado brasileiro acredita que a impossibilidade de se aplicar retroativamente a lei penal para fins de investigação e punição das práticas de tortura perpetradas por agentes estatais em desfavor de Vladimir Herzog está também em consonância com a Convenção Americana, motivo pelo qual solicita a essa Honrável Corte que julgue improcedente o pedido de investigação criminal contra os responsáveis pela tortura perpetrada contra Vladimir Herzog, por suposta violação ao art. 25.1 da CADH ou à CIPPT.

IV.4.2. O processo 2008.61.00.011414-5 não caracteriza violação ao artigo 25 no âmbito cível

373. No âmbito cível, as vítimas citam como ensejador de violação à Convenção Americana a suposta demora injustificada e os obstáculos oferecidos na Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5.

374. Quanto a esse processo, é necessário esclarecer que ele veicula pedidos declaratórios e condenatórios, os quais devem ser divididos em dois grandes grupos para a devida compreensão da referida ação enquanto fato supostamente violador da Convenção Americana: pedidos relacionados a direitos não protegidos pela CADH e pedidos relacionados a direitos protegidos pela CADH (que veiculam pretensões relativas à persecução penal dos responsáveis por torturas e mortes no DOI-CODI do II Exército).

375. O primeiro grupo reúne os seguintes pedidos da ACP:

- 1) declarar a existência de obrigação do Exército Brasileiro em tornar públicas à sociedade brasileira todas as informações relativas às atividades desenvolvidas no DOI/CODI do II Exército no período de 1970 a 1985, inclusive a divulgação de (a) nomes completos de todas as pessoas presas legal ou ilegalmente, as datas e as circunstâncias de suas detenções, inclusive com a apresentação de todas as “grades diárias” de controle de presos; (b) nomes de todas as pessoas torturadas; (c) nomes de todas as pessoas que morreram nas dependências do DOI/CODI do II Exército, ou em ações externas de seus agentes; (d) circunstâncias das mortes ocorridas; (e) destino das pessoas desaparecidas; (f) nomes completos – bem como seus eventuais apelidos ou alcunhas – de todos os agentes militares e civis que serviram no órgão, suas patentes ou cargos nos serviços de origem, suas funções no DOI/CODI e respectivos períodos em que exerceram as funções;
- 2) declarar a omissão da União em promover as medidas necessárias à reparação regressiva dos danos que suportou no pagamento das indenizações previstas na Lei n. 9.140/95;
- 5) condenar CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e AUDIR SANTOS MACIEL a repararem regressivamente, e em relação aos casos ocorridos nos períodos em que respectivamente comandaram o DOI/CODI do II Exército, os danos suportados pelo Tesouro Nacional na forma da Lei n. 9.140/95 a título de indenização aos parentes das vítimas indicadas na petição inicial, com

atualização monetária e juros moratórios pelos índices aplicáveis aos créditos da Fazenda Nacional;

- 6) condenar CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e AUDIR SANTOS MACIEL a repararem os danos morais coletivos, mediante indenização a ser revertida ao Fundo de Direitos Difusos, em montante a ser fixado na sentença, ou outra providência cabível, com base nos elementos apurados no curso da ação;
- 7) condenar CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e AUDIR SANTOS MACIEL à perda das funções públicas que estejam eventualmente exercendo, bem como a não mais serem investidos em qualquer nova função pública.

376. O argumento trazido pelo Estado brasileiro neste ponto recomenda recordar que, nos termos do artigo 25 da Convenção Americana, o direito à proteção judicial é reconhecido em favor da pessoa humana. Cabe reprisar a norma:

Artigo 25. Proteção judicial

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

377. De fato, enquanto tratado de direitos civis e políticos, a Convenção Americana estabelece direitos humanos inerentes à pessoa humana, ao indivíduo, identificado ou ao menos identificável, no que se convencionou chamar de direitos humanos de primeira geração ou primeira dimensão. A Convenção Americana não alberga, portanto, direitos reconhecidos em favor do Estado, de qualquer órgão do poder público, de empresas, coletividades difusas, ou qualquer outro beneficiário diverso da pessoa humana, do indivíduo.

378. Nos pedidos de nº 2 e 5 encontra-se presente a questão do direito de regresso que a União supostamente teria em face dos demais réus, para cobrar os valores desembolsados para pagar as indenizações previstas na Lei nº 9.140/1995. Além de se tratar de relação jurídica exclusivamente entre a União e os demais réus, que não interfere no direito das vítimas ou dos familiares que receberam ou pretendem, neste

caso, receber indenizações, não é possível dizer que tais pretensões envolvam direitos fundamentais da pessoa humana. De fato, o direito de regresso que o ente público teria, em tese, em relação àqueles causadores de danos por ele suportados não se configura como um direito humano ou um direito fundamental da pessoa humana previsto na CADH, na Constituição ou em leis brasileiras. É direito do poder público, do Estado.

379. Já os danos morais coletivos, objeto do pedido de nº 6, embora não digam respeito à relação exclusiva entre União e demais réus, também não consistem em direitos albergados pela CADH, pois têm como sujeito passivo a coletividade e não o indivíduo. O mesmo se diga em relação ao pedido de declaração da existência de obrigação da União em tornar públicas à sociedade brasileira todas as informações relativas às atividades desenvolvidas pelo DOI/CODI do II Exército no período de 1970 a 1985, pela sua amplitude. Como se verifica, o pedido é amplo, sendo apontada a sociedade brasileira como um todo como destinatária de tais informações, que não se restringem à situação pessoal de Herzog ou de outra pessoa. Assim, considerando-se a natureza do pedido, pode-se afirmar que tal pretensão tem natureza jurídica diversa daquela reconhecida no direito à proteção judicial insculpido na Convenção Americana em favor da pessoa humana. O mesmo vale também para o pedido nº 7, relacionado à perda da função pública dos agentes responsáveis por aqueles crimes, determinação que teria por objetivo resguardar a coletividade dos administrados e a própria Administração pública, e não a pessoa humana, não custa repetir.

380. Por não tratarem de direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela CADH em favor da pessoa humana, não é possível afirmar que a ACP, em relação a tais pedidos, possa configurar, sequer em tese, um fato violador da CADH. Dito de outro modo, na medida em que este grupo de pretensões almejadas na Ação Civil Pública diz respeito a direitos do Estado (no caso específico, da União) ou da sociedade como um todo, e não a direitos civis e políticos, protegidos pela Convenção Americana em favor de indivíduos identificados ou identificáveis, afasta-se o possível enquadramento da ACP, ao menos quanto a essas pretensões, como fato relacionado a direitos protegidos pela CADH em favor das vítimas representadas neste caso, possivelmente ensejador de violação ao art. 25 da CADH. Se o art. 25 da CADH garante o direito à proteção judicial contra violações de direitos humanos de indivíduos identificados ou identificáveis, a mencionada ACP não é fato que demonstra, sequer em tese, violação a esse direito.

381. O segundo grupo de pedidos inclui aqueles que veiculam pretensões relativas a direitos protegidos pela CADH, notadamente a obrigação do Estado de realizar persecução penal de agentes supostamente responsáveis por violações do direito à vida e de outros direitos albergados pela CADH (pedidos 3 e 4):

- 3) fosse declarada a existência de responsabilidade pessoal de CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA perante a sociedade brasileira pela perpetração de violações aos direitos humanos, especialmente prisão ilegal, tortura, homicídio e desaparecimento forçado dos cidadãos, sob seu comando, no extinto DOI/CODI do II Exército, bem como a existência de relação jurídica entre o réu e os familiares das vítimas relacionadas na petição inicial, pela corresponsabilidade nos atos ilícitos que culminaram na morte ou desaparecimento desses cidadãos;
- 4) fosse declarada a existência de responsabilidade pessoal de AUDIR SANTOS MACIEL perante a sociedade brasileira pela perpetração de violações aos direitos humanos, especialmente prisão ilegal, tortura, homicídio e desaparecimento forçado de cidadãos, sob seu comando, no extinto DOI/CODI do II Exército, bem como a existência de relação jurídica entre o réu e os familiares das vítimas relacionadas na petição inicial, pela corresponsabilidade nos atos ilícitos que culminaram na morte ou desaparecimento desses cidadãos.

382. Ainda que veiculados em ação civil, é nítida a intenção de responsabilização por crime, motivo pelo qual o magistrado assim consignou ao proferir sentença nesse processo:

Trata-se de pretensões que visam à declaração de existência de fatos, consistentes na participação dos réus no desaparecimento ou morte das vítimas descritas pelo autor, e não de alguma relação jurídica.

Não cabe demanda judicial para declarar que o réu praticou atos que resultaram na morte ou desaparecimento de pessoas, ainda que o autor, com a devida vênia, classifique incorretamente essa declaração como “relação jurídica”. Trata-se de declaração de fatos.

(...)

Não pode o Ministério Público ajuizar demanda cível para declarar que alguém cometeu algum crime. Cabe ao Ministério Público, como titular da ação penal, promover esta, em face do autor do delito, presentes a prova da materialidade e os indícios de autoria.

383. Assim, sendo a pretensão dos pedidos acima apontados aquela de ver declarado que o réu praticou atos que consistem em crime, a ação adequada seria a ação penal, após inquérito criminal. Esse entendimento coincide com o exposto pela Ilustre Comissão Interamericana de Direitos Humanos no relatório de admissibilidade do presente caso, quando consignou que *“em casos como o presente, que supostamente implica crimes de ação penal pública no Brasil – a detenção arbitrária, a tortura e a execução extrajudicial de uma pessoa –, o recurso idôneo e efetivo é uma investigação criminal e um julgamento perante o sistema judicial ordinário”*⁷⁹.

384. Sendo assim, considerando a natureza desses pedidos veiculados na ação civil pública e a conseqüente inadequação do meio, conclui-se que, em relação a tais pretensões, o que deve ser considerado é a investigação iniciada no inquérito policial de 1992, essa sim apta a atender os fins almejados.

385. A clara inadequação do meio, a ação civil pública, em relação aos fins desejados, a declaração de que o réu cometeu crimes, faz com que esse processo não deva ser considerado um fato potencialmente violador do art. 25 da CADH. Dito aqui também de outro modo, se há um direito de proteção judicial consubstanciado na persecução penal dos agentes responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog, albergado pela Convenção Americana, e se a referida ação, por sua natureza cível, é incapaz de promover essa persecução penal, conforme entendimento do Estado brasileiro e da Ilustre Comissão Interamericana, é juridicamente impossível que a alegada má condução da Ação Civil Pública constitua fato violador do direito à persecução penal protegido pela CADH.

386. *Ad argumentandum tantum*, caso o entendimento adotado seja o de que a má condução da referida ação civil constitui fato potencialmente violador do direito à persecução penal, o Estado brasileiro observa, de um lado, que não foram demonstrados quais seriam os supostos obstáculos oferecidos na Ação Civil Pública ao seu regular processamento e, de outro lado, que a análise do curso do processo, exposto de forma detalhada na Seção II.1.2.c desta Contestação, demonstra, de forma cabal, a inexistência dos supostos obstáculos.

⁷⁹ CIDH. *Relatório n° 80/12*. Petição P-859-09. Vladimir Herzog e outros. Admissibilidade. Brasil. 8 de novembro de 2012.

387. Por fim, o Estado esclarece que o feito está, atualmente, com andamento suspenso em razão do falecimento de Carlos Alberto Brilhante Ustra, nos termos do que dispõe o Código de Processo Civil brasileiro de 2015:

TÍTULO II

DA SUSPENSÃO DO PROCESSO

Art. 313. Suspende-se o processo:

I - pela morte ou pela perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;

(...)

§ 1º Na hipótese do inciso I, o juiz suspenderá o processo, nos termos do art 689.

(...)

Art. 689. Proceder-se-á à habilitação nos autos do processo principal, na instância em que estiver, suspendendo-se, a partir de então, o processo.

388. Após diversas diligências requeridas pelo Ministério Público em razão da notícia do falecimento de Carlos Alberto Brilhante Ustra, o feito aguarda suspenso a intimação das sucessoras no endereço indicado pelo *Parquet*.

389. Verifica-se, portanto, que a situação dos autos, além de conter matéria complexa, com pedidos condenatórios e declaratórios que, na verdade, veiculavam pretensão de reconhecimento de fatos enquadráveis como crimes, de contar com entes que dispõem de prazos processuais diferenciados (Ministério Público e União), de contar com multiplicidade de réus (União e mais duas pessoas), teve como intercorrência o falecimento de um dos réus, o que determinou a suspensão do curso do processo e acarretou a necessidade de obtenção de informações sobre a existência de testamento e de processo de inventário, a necessidade de obtenção dos endereços das sucessoras, a necessidade de intimação por meio de carta precatória, etc.

390. Diante do exposto, o Estado brasileiro solicita que essa Honorável Corte julgue inexistente a suposta violação ao art. 25 da CADH em razão da suposta má condução da ACP nº 2008.61.00.011414-5, pois, conforme demonstrado acima, referida ação: a) quanto a determinadas pretensões não constitui, sequer em tese, fato potencialmente violador da CADH, porquanto relacionadas a direitos titularizados pelo

próprio Estado ou pela coletividade como um todo, não relacionados a direitos civis e políticos protegidos pela Convenção Americana em favor de indivíduos identificados ou identificáveis; e b) quanto a um segundo grupo de pretensões, tampouco representa fato possivelmente violador da CADH, já que a reparação do direito supostamente violado – ausência de proteção judicial em razão da falta de persecução penal dos agentes responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog – jamais poderá ser alcançada por ação de natureza cível, como é o caso da referida ACP, conforme entendimento do Estado brasileiro e da Ilustre Comissão Interamericana.

391. Subsidiariamente, caso essa Honorável Corte entenda que a referida ação cível constitui fato violador do direito à persecução penal, o Estado brasileiro solicita de igual modo julgamento pela improcedência do aludido pedido, visto que não houve e não tem havido irregularidades no processamento da Ação Civil Pública ou, ao menos, não há provas produzidas pela CIDH ou pelas vítimas de que isso tenha ocorrido.

IV.5. Os fatos não caracterizam violação aos artigos 5º e 13 da CADH, em prejuízo de Vladimir Herzog, por ausência de persecução penal, ou seja, em relação aos artigos 1.1, 8º e 25 da CADH e dos artigos 1º, 6º e 8º da CIPPT

392. Aduzem as vítimas que teria havido violação do dever de investigar e sancionar a tortura pelo Estado brasileiro, com efeitos para o direito à liberdade de expressão, o que determinaria violação do dever de garantia do artigo 5º e 13 da CADH, em relação aos artigos 1.1, 8º e 25 do mesmo instrumento, bem como dos artigos 1º, 6º e 8º da CIPPT, em prejuízo de Vladimir Herzog.

393. A assertiva de que houve violação àqueles instrumentos não prospera, conforme se passa a demonstrar.

394. A suposta violação do dever de garantia dos artigos 5º e 13 decorreria, conforme indicado pelas vítimas, da falta de investigação e sanção da tortura cometida contra Vladimir Herzog. Ocorre que, conforme já exposto acima, no item IV.4.1.c, ao tempo dos fatos, o crime de tortura ainda não havia sido tipificado no Brasil, de forma que a persecução penal encontra óbice na própria Convenção Americana, que, em seu artigo 9º, assim dispõe:

Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

395. Assim, ainda que a sentença proferida por essa Ilustre Corte no *Caso Maritza Urrutia*, citado pelas vítimas, assevere que a proibição absoluta de tortura, nos dias de hoje, pertença ao domínio do *jus cogens* internacional, necessário atentar que isso não autoriza a aplicação retroativa de tratado e de lei penal incriminadora.

396. O Estado não deve ser tido como violador de garantias da CADH justamente porque, se assim fosse, isso atentaria contra outra garantia inserida na mesma CADH. Isso significa que não há a alegada violação aos artigos 1.1, 8º e 25 da CADH e dos artigos 1º, 6º e 8º da CIPPT por omissão do Estado em relação ao seu dever de investigar.

397. Ainda que assim não fosse, aplica-se a tal pretensão das vítimas, exatamente o quanto já exposto pela Ilustre Comissão Interamericana de Direitos Humanos no relatório de mérito produzido no âmbito do presente caso a respeito das alegadas violações “continuadas” dos artigos 4, 5, 7 e 13 da CADH:

240. Al respecto, basta reiterar que, una vez que fue ratificada la Convención Americana, las acciones iniciadas por el Estado en materia de justicia no han sido efectivas para dar cumplimiento a su obligación de investigar con la debida diligencia los hechos del presente caso, enjuiciar y sancionar a sus responsables, en perjuicio de los derechos a la verdad y de acceso a la justicia de los familiares de Vladimir Herzog consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención. Por lo anterior, para los efectos del presente caso, **la CIDH no estima necesario efectuar una determinación separada de las alegadas violaciones “continuadas” de los artículos 4, 5, 7 y 13 de la Convención Americana en este caso.** (grifo nosso)

398. Com efeito, os fatos ligados à ausência de persecução penal relativa aos atos de tortura relacionam-se às alegações de violação aos artigos 8º e 25.

399. A definição de critérios e limites para quais e quantas violações podem ser geradas reflexamente a partir de uma violação da CADH se mostra relevante, pois, em última análise, toda violação de dispositivo da CADH pelo Estado poderia ser tida como violadora da integridade pessoal das vítimas envolvidas.

400. Ademais, a totalidade das violações de direitos humanos deixam resultados nefastos ao ser humano que se protraem no tempo. Essa constatação não se confunde com o fenômeno das violações continuadas. Do contrário, todas as violações de direitos humanos seriam continuadas por deixarem consequências duradouras no tempo.

401. Por fim, o Estado atenta para uma questão temporal. As alegações trazidas no EPAP indicam que as violações aos artigos 5º e 13 da CADH teriam ocorrido em prejuízo de Vladimir Herzog. Ainda que se considere a possibilidade de haver ofensa reflexa e que essa ofensa seja de caráter continuado, não seria possível falar em violação à integridade pessoal e à liberdade de pensamento e de expressão de Herzog, em razão “da falta de investigação e sanção da tortura cometida contra” ele, alegadas omissões que teriam ocorrido após sua morte. Não se vislumbra plausível asseverar que o Estado tenha violado a integridade pessoal e a liberdade de pensamento e de expressão de Herzog após 1998, motivo pelo qual as alegações trazidas na Seção X.B do EPAP devem ser repelidas.

IV.6. Os fatos não caracterizam violação aos artigos 5º, 8º, 13 e 25 em relação ao art. 1.1 da CADH, por suposta violação do direito à verdade

402. São três os fundamentos fáticos apresentados no EPAP como ensejadores da suposta violação do direito à verdade: 1) divulgação de falsa versão sobre a morte de Herzog; 2) ocultação de arquivos militares; 3) impunidade como obstáculo para conhecer a verdade.

403. Em relação ao primeiro fundamento fático, necessário esclarecer que a versão de suicídio já havia sido desafiada na ação declaratória ajuizada em 1976, sendo que a sentença lá proferida ressaltou que a versão de suicídio não havia restado comprovada:

Então, embora este Juízo não possa categoricamente afirmar que o suicídio de Vladimir Herzog não ocorreu, posto que não é onisciente, o certo é que a União Federal positivamente não logrou comprová-lo nos presentes autos, quer porque os laudos periciais anteriormente referidos não têm eficácia probatória, quer porque os depoimentos mais favoráveis à sua versão não só não foram repetidos em Juízo, como se contrapõem frontalmente à prova colhida sob a égide do princípio do contraditório.

404. Referida sentença transitou em julgado em 27 de setembro de 1995, antes, portanto, de 1998.

405. A própria requisição de instauração de inquérito policial, feita em 1992 levando em consideração os termos da sentença declaratória, demonstra que a versão de suicídio não era mais considerada como certa pelas autoridades estatais.

406. Ao prestar informações no *habeas corpus* que tinha por objetivo trancar o inquérito penal instaurado para apurar a morte de Vladimir Herzog, o Promotor de Justiça que atuava no caso assim esclareceu:

Em 27 de abril de 1992, o Exmo. Sr. Dr. Hélio Bicudo, Deputado Federal, firmou uma representação enviando-a a esta Promotoria de Justiça, dando conta de reportagem publicada na revista “Isto é, Senhor”, em edição do dia 25 de março de 1992 (...), que indicava o impetrante como sendo o único inquiridor do jornalista Herzog durante a sua permanência no DOI-CODI, em 25 de outubro de 1975, r que culminou com sua morte. **A mesma matéria jornalística noticiava que por sentença da lavra do Sr. Dr. Márcio José de Moraes, Juiz Federal, em ação movida pela esposa e filhos da vítima, a União havia sido condenada, por sua morte. Nessa mesma r. decisão haveria menção de que o laudo do I.M.L., assinado pelo legista (...) era ineficaz para provar a tese de suicídio (...).**

De posse desses documentos foi solicitada a instauração de inquérito policial para a apuração dos fatos tendo em vista que:

- f) Houve o evento morte;
- g) O fato ocorreu na área de jurisdição do 1º Tribunal do Júri da Capital;
- h) Por imposição Constitucional, a competência para apuração deixou de ser da Justiça Militar Federal;
- i) Não houve, em abstrato, a ocorrência da prescrição e
- j) Foram apresentados fatos novos, nos exatos termos do art. 18 do Código de Processo Penal. (grifo nosso)

407. O fato de ter havido a retificação do registro de óbito em 2013 não significa que o Estado brasileiro tenha reiterado a versão de suicídio até aquela data.

408. Em relação ao segundo fundamento, rememora-se que ele está baseado em fatos que não se encontram entre aqueles submetidos pela CIDH, motivo pelo qual não devem ser objeto de análise por essa Ilustre Corte. Ademais, trata-se de acusações

genéricas, o que, caso admitido, agravaria a imputação ao Estado da obrigação de produzir prova negativa. A despeito disso, o Estado esclarece que foi instaurado procedimento investigatório, no âmbito das Forças Armadas, com a finalidade de apurar irregularidade na destruição de documentos públicos do período de 1964 a 1990, conforme noticiado no Aviso nº 195/MD (Anexo 11 – Aviso nº 195/MD). Segundo consta no citado Aviso, a conclusão a que se chegou foi a de que os procedimentos de destruição de documentos conduzidos no âmbito das Forças Armadas apresentam consonância com a legislação vigente à época, não se vislumbrando irregularidades.

409. Referida conclusão levou em consideração que a legislação relativa à salvaguarda de documentos sigilosos no período de 1964 a 1990 contemplava diversas hipóteses em que a eliminação de tais documentos dispensava a lavratura de termo de destruição; que não se disciplinava de forma específica a eventual eliminação dos próprios termos de destruição, o que dependia do grau de sigilo e de controle estabelecido para esses documentos; e que a legislação então vigente não contemplava uma política uniforme para a gestão de arquivos públicos, o que somente veio a ocorrer com o advento da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991.

410. Assim, o Estado solicita a essa Ilustre Corte que reconheça a impossibilidade de se produzir prova negativa, ou seja, prova de que os documentos que as vítimas, apesar de não especificarem quais seriam, alegam estarem sendo ocultados não existem, inclusive os termos de destruição. Trata-se da chamada “prova diabólica”, impossível de ser produzida.

411. Registra-se, em adição, que as alegações trazidas no EPAP de que a falta de documentos e informações do período obstaculizariam o trabalho do Ministério Público de adotar medidas de responsabilização em razão dos fatos relativos ao presente caso não se sustentam. Os fatos relacionados ao presente caso vêm sendo esclarecidos desde a ação declaratória, ajuizada em 1976, passando pela análise feita pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e culminando com o relatório da Comissão Nacional da Verdade. Nesse aspecto, cabe destacar que não houve o esgotamento dos recursos interno por parte dos peticionários, uma vez que não foi impetrado qualquer pedido de *Habeas Data*.

412. Quanto ao terceiro fundamento, é pertinente invocar entendimento dessa Ilustre Corte no *caso Barrios Altos vs. Peru* no sentido de que o direito à verdade se encontra subsumido ao direito da vítima e de familiares de obter dos órgãos competentes do Estado o esclarecimento sobre os fatos e as responsabilidades correspondentes, de acordo com os artigos 8º e 25:

47. En el presente caso, es incuestionable que se impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos en Barrios Altos.

48. Pese a lo anterior, en las circunstancias del presente caso, **el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.**

49. Por lo tanto, esta cuestión ha quedado resuelta al haberse señalado (supra párr. 39) que el Perú incurrió en la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con las garantías judiciales y la protección judicial. (grifo nosso)

413. Nesse sentido, a alegada violação do direito à verdade decorrente de suposta falha na obrigação do Estado de estabelecer a verdade por meio de processos penais encontra-se subsumida ao próprio direito de acesso à justiça previsto no artigo 25 da CADH.

414. Por fim, ressalta-se que inúmeras foram as medidas já adotadas no âmbito interno em prol do esclarecimento da verdade, nas quais se incluem a criação e todos os esforços da Comissão Nacional da Verdade, da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e da Comissão de Anistia. Tais medidas são apresentadas de forma detalhada no Capítulo V.

IV.7. Os fatos não caracterizam violação ao artigo 5º em relação ao art. 1.1 da CADH, em relação aos familiares de Herzog, por suposta denegação da verdade e ausência de persecução penal

415. O Estado reconhece a responsabilidade pela violação do artigo 5.1 da CADH em relação aos familiares de Vladimir Herzog em decorrência dos fatos ocorridos em 1975. Todavia, não vislumbra que violação ao mesmo dispositivo possa

decorrer da suposta denegação da verdade e ausência de persecução penal, fundamentos igualmente apresentados no EPAP (fls.118-121), conforme passa a expor.

IV.7.1. A suposta falta de proteção judicial não caracteriza violação ao art. 5º da CADH

416. O art. 25 da Convenção Americana dispõe acerca da “Proteção judicial”. Essa norma merece uma leitura cabal e cuidadosa:

Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados-partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

417. O art. 5º da Convenção Americana dispõe acerca do “Direito à integridade pessoal”. Essa norma também merece uma leitura cabal e cuidadosa do intérprete:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

418. Como exposto acima, pretendem os representantes que a falta de proteção judicial também seja o fundamento para que se condene o Estado brasileiro pela violação da integridade pessoal dos familiares vítimas.

419. Entretanto, a leitura do art. 5º não pode ser limitada ao seu parágrafo primeiro, devendo ser também considerada a integralidade do dispositivo, já que uma visão apenas parcial e eclipsada da norma impediria o intérprete de examinar o seu real alcance e finalidade. Aliás, adotar essa postura seria algo inconcebível no domínio da interpretação, uma vez que diplomas legais e convencionais não possuem palavras inúteis (princípio geral de Direito), fazendo que o art. 5º, que trata do “Direito à integridade pessoal”, deva ser examinado por completo.

420. Partindo-se dessa premissa, verifica-se, da leitura do parágrafo primeiro do art. 5º, que esse dispositivo procura proteger a integridade física, psíquica e moral da vítima. Para esse objetivo, os seus demais parágrafos elencam situações (condutas estatais positivas, mas não omissivas) que podem ensejar violação a um desses atributos. Segundo essas regras, representam ações que – quando e se praticadas pelo Estado – afetam diretamente a esfera jurídica da vítima, demonstrando, pois, ligação estreita e imediata entre o ato estatal e a lesão, já que, em se tratando de integridade corporal, psíquica e moral, o dano deve advir diretamente do fato praticado.

421. Não é por outro motivo que, visando à integridade física, psíquica e moral de pessoas processadas e condenadas pelo Estado, os parágrafos do art. 5º expressamente proibem, por exemplo, ações comissivas que promovam a tortura, o tratamento cruel e degradante, penas que possam passar da pessoa do condenado, e tratamento igual aos condenados e aos ainda processados. Além disso, os parágrafos do art. 5º requerem postura estatal condizente com o respeito à dignidade da pessoa, razão pela qual ordenam que o Estado confira tratamento adequado a essa condição e diferenciado em se tratando de menores, para se obter a reforma e a readaptação social da pessoa humana.

422. Desse modo, não se pode partir do simples pressuposto de que uma alegada falta de proteção judicial (não prevista no art. 5º da Convenção) possa ser enquadrada como hipótese de violação à integridade pessoal. Se esse fato (falta de proteção judicial)

não se encontra previsto no art. 5º, pretendida violação à norma não pode ser constatada, sob pena de criação de hipótese não prevista na Convenção.

423. Assim sendo, não se justifica a violação da integridade pessoal pela falta de proteção judicial. Dito de outro modo, a falta de proteção judicial (art. 25) não caracteriza a violação ao art. 5º. Utilizar-se do art. 25 (proteção judicial) para justificar uma violação do art. 5º (integridade pessoal) seria uma absoluta falta de técnica jurídica.

424. Pertinente, aqui, a mesma reflexão já apontada anteriormente sobre a necessidade de analisar as violações autonomamente ou, caso contrário, verificar qual seria o limite para violações reflexas decorrentes de suposta violação ao art. 25 da CADH e se essas violações reflexas não estariam subsumidas na própria análise do art. 25.

IV.7.2. A suposta denegação da verdade não caracteriza violação ao art. 5º da CADH

425. O Estado discorda de que tenha havido denegação da verdade caracterizadora de violação ao art. 5º no que se refere aos fatos do presente caso. De fato, o próprio EPAP traz informações detalhadas sobre a detenção arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog e muitas dessas informações foram coletadas em procedimentos e em publicações estatais, como no Inquérito Policial nº 704/92, no Inquérito Policial Militar, no livro *Direito à Memória e à Verdade* (vide referências contidas nas notas de rodapé nº 297/300, 303/325, 327/332 e 335/336, às fls. 67/72 do EPAP).

426. Os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, já abordados na Seção II.1.2.e desta manifestação, também servem para desconstituir a alegação de denegação da verdade supostamente ensejadora de violação do art. 5º da CADH.

427. Ainda que se entenda que a denegação da verdade possa constituir violação ao art. 5º da CADH, necessário reconhecer que o caso em exame possui contornos distintos que impedem essa conclusão, pois não se trata de pessoa desaparecida, cujas circunstâncias da morte e mesmo o local de inumação são desconhecidos.

428. Pertinente, aqui, analisar alguns dos precedentes dessa Ilustre Corte invocados no EPAP na seção em que se busca fundamentar a alegação de violação ao

artigo 5º com relação ao art. 1.1 da CADH pela violação do direito à integridade pessoal dos familiares de Herzog.

429. Nos casos *Las Palmeras Vs. Colômbia* e *Durand e Ugarte Vs. Peru*, a Corte não decidiu pela violação ao art. 5º da CADH, embora tenha declarado ter havido violação aos artigos 8º e 25 da CADH.

430. O *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia*, em que se reconheceu violação ao artigo 5º, trata de situação distinta à do presente caso, pois os fatos que ensejaram esse reconhecimento foram assim indicados:

211. En el presente caso ha quedado demostrado que, como consecuencia directa de la desaparición de los 19 comerciantes, sus familiares han padecido un profundo sufrimiento y angustia en detrimento de su integridad psíquica y moral, causados por todas las circunstancias posteriores a la referida desaparición que se explican seguidamente.

212. Los cuerpos de las víctimas fueron desmenuzados y lanzados a un río, con el propósito de hacerlos desaparecer para que no fueran encontrados ni identificados, lo cual efectivamente sucedió (supra párr. 85.f, 85.h y 85.l). Esta situación ha provocado gran dolor e incertidumbre en los familiares de las víctimas por no saber su paradero y no poder honrar sus restos conforme a sus creencias y costumbres⁸⁰.

431. Também o *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador* possui contornos distintos do presente, uma vez que a violação ao artigo 5º reconhecida decorre de fatos que envolvem a ausência de informações sobre o paradeiro das vítimas desaparecidas e a angústia gerada pela incerteza de que elas estivessem ainda com vida ou não:

113. Dicha falta de investigación respecto de lo sucedido a Ernestina y Erlinda y la determinación de su paradero ha sido y sigue siendo una fuente de sufrimiento para sus familiares, quienes han mantenido la esperanza de encontrarlas con vida y lograr un reencuentro familiar. [...]

114. La madre de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz falleció con la esperanza de que sus hijas estuvieran con vida y de que algún día su familia se pudiera reunir nuevamente; murió sin que el Estado hubiera determinado lo sucedido a sus dos hijas y establecido su paradero. La imposibilidad de averiguar el destino de sus hijas y la constante

⁸⁰ Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia*. Sentença de 5 de julho de 2004 (Mérito, Reparações e Custas).

sensación de poder encontrarlas con vida le provocó un sentimiento de culpabilidad e impotencia⁸¹. [...]

432. No *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, a violação do artigo 5º da CADH está relacionada ao reconhecimento de tratamento cruel e desumano e de desaparecimento, conforme se depreende dos termos da sentença:

156. Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal como sigue:

[...]

187. La desaparición de Manfredo Velásquez es violatoria del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 de la Convención (supra 156)⁸².

433. No *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, a situação fática ensejadora do reconhecimento da violação ao artigo 5º da CADH abrange graves maus-tratos e torturas físicas e psicológicas por parte de agentes do Estado:

148. En el escrito de demanda, la Comisión alegó que el Estado había violado el artículo 5 de la Convención Americana en perjuicio de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes como consecuencia de haber sido secuestrados por agentes del Estado, quienes “eran responsables de la integridad física de las víctimas mientras estaban [bajo] su custodia”.

[...]

157. Existen en el presente caso evidencias numerosas y concurrentes de que la integridad personal de los cuatro jóvenes mencionados fue vulnerada y de que ellos fueron víctimas de graves maltratos y de torturas físicas y psicológicas por parte de agentes del Estado y, más concretamente, por miembros de la Policía Nacional, antes de sufrir la muerte.

[...]

⁸¹ Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Sentença de 1ª de março de 2005 (Mérito, Reparações e Custas).

⁸² Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988 (Mérito).

173. Es evidente, asimismo, que las autoridades nacionales no tomaron providencias para establecer la identidad de las víctimas, las cuales permanecieron registradas como XX hasta que sus familiares se apersonaron a reconocerlos, a pesar de que tres de los jóvenes (Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez y Jovito Josué Juárez Cifuentes) tenían antecedentes penales consignados en los “archivos delincuenciales”. [...] El conjunto de esas omisiones postergó y, en algunos casos, negó a los familiares la oportunidad de dar a los jóvenes una sepultura acorde con sus tradiciones, valores o creencias y, por lo tanto, intensificó sus sufrimientos⁸³.

434. No presente caso, a violação do art. 5.1 decorrente dos fatos perpetrados em desfavor de Vladimir Herzog, em 1975, situação que se assemelharia ao precedente acima indicado, já foi reconhecida pelo Estado brasileiro.

435. No mais, a análise dos precedentes dessa Ilustre Corte acima tratados, e que foram utilizados como referência na Seção X.E do EPAP, indica que, primeiro, não há uma correlação de automática de violação aos artigos 8º e 25 e a violação ao artigo 5º e, segundo, que a situação fática caracterizadora de denegação da verdade que enseja violação ao art. 5º não é a situação fática encontrada neste caso, motivo pelo qual o reconhecimento da violação ao art. 5.1 da CADH, no presente caso, deve ficar adstrito àquele já realizado pelo Estado brasileiro na Seção IV.1 desta manifestação.

V. REPARAÇÕES

IV.1. Sobre a compreensão geral das reparações autorizadas pela CADH

436. A obrigação geral do Direito de que todo dano enseja a devida reparação está refletida de modo expreso na Convenção Americana (artigo 63.1):

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. (grifo nosso)

437. O Estado brasileiro, assim como os demais Estados partes da Convenção, assumiu a obrigação de reparar violações de direitos humanos protegidos em seu texto

⁸³ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*. Sentença de 26 de maio de 2001 (Reparações e Custas).

por meio de recursos internos adequados e eficazes. Mais do que isso, o Estado brasileiro e os demais Estados que reconhecem a jurisdição contenciosa dessa Corte assumiram o compromisso de se submeter aos seus julgamentos e de cumprir as sentenças proferidas por essa Corte, de modo a promover medidas de reparação em face de danos já não reparados pela jurisdição doméstica.

438. A redação da Convenção Americana é bastante clara ao afirmar que as medidas de reparação pressupõem decisão da Corte Interamericana de que houve violação de direito ou liberdade protegidos pela Convenção. O *conteúdo declaratório* da sentença é, portanto, fundamento para o *capítulo condenatório* do julgamento, em que a Corte faz a determinação das reparações cabíveis.

439. Entre as medidas cabíveis, a Convenção também é explícita ao afirmar que aquela a ser primariamente buscada é a determinação ao prejudicado do gozo do direito ou liberdade violado. O mandamento se dirige a situações de violação continuada dos direitos protegidos na CADH. Nessas hipóteses, portanto, a sentença deve condenar o Estado a fazer cessar imediatamente a violação. Tem-se aqui a chamada *obrigação de cessação*.

440. A última parte do dispositivo é voltada às *reparações propriamente ditas*, ou seja, às medidas cabíveis para compensar situações já exauridas de violação de direitos protegidos pela CADH. Deve a Corte, segundo a dicção da Convenção, determinar em favor da vítima a “*reparação das consequências da violação*” e o “*pagamento de indenização justa*”. Sendo certo que o pagamento de indenização pecuniária constitui reparação de certas consequências da violação (danos morais ou materiais sofridos pela vítima), deve-se compreendê-lo como espécie do conjunto de reparações possivelmente fixadas pela Corte no caso concreto, a que a Convenção alude como “*reparação das consequências da violação*”. A *obrigação de indenização* constitui, portanto, espécie da *obrigação geral de reparação*.

441. Obrigações de *cessação* e de *reparação* devem ser imputadas, portanto, cumulativamente, como consequências obrigatórias do capítulo declaratório da sentença que reconhece a violação de direitos protegidos pela Convenção, sendo a obrigação de *indenização* uma das medidas de reparação possíveis.

442. No exercício de sua competência, essa Honorável Corte tem desenvolvido jurisprudência que traz alguns outros contornos da obrigação insculpida no artigo 63.1, da Convenção:

El artículo 63.1 de la Convención Americana acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación. La obligación de reparar se regula por el Derecho Internacional, y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso.

Las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. No pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, y deben guardar relación con las violaciones declaradas en la Sentencia.⁸⁴ (grifo nosso)

443. Entre aqueles contornos da obrigação internacional de reparação de violações de direitos humanos estão, pois, segundo certos julgamentos da Corte Interamericana: a) supremacia do direito internacional sobre o direito interno dos Estados para regular a medida da reparação; b) primazia das medidas de reparação plena (*restitutio in integrum*), idealmente com vistas ao restabelecimento da situação anterior (*status quo ante*);⁸⁵ c) reparação das consequências da violação, inclusive por meio de

⁸⁴ CORTE IDH. *Caso La Cantuta Vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Série C, n. 162, pp. 200-202

⁸⁵ O Tribunal, ao longo dos anos, desenvolveu ainda uma tipologia da reparação integral, que incluiria: i) restituição da vítima ao *status quo ante* (restabelecimento da liberdade, derrogação de leis, devolução de terras, demarcação de terras indígenas, da restituição do emprego, etc); (ii) reabilitação física e psicológica da vítima e, se for o caso, de seus familiares (tratamento médico ou psicológico); (iii) satisfação (moral) da vítima - remédio não econômico (realização dos direitos à memória, à verdade e à justiça, reconhecimento da responsabilidade estatal, apresentação de pedido oficial de desculpas, nomeação de obra pública em homenagem às vítimas, programas para beneficiar uma comunidade,

pagamento de compensação pecuniária por danos causados, caso não seja possível a restituição da situação anterior; d) adoção de medidas de caráter positivo para que não se repitam os fatos lesivos (*medidas de não repetição*); e e) fixação de reparações relacionadas com as violações reconhecidas na sentença e proporcionais às violações e aos danos, para que não haja enriquecimento ou empobrecimento das vítimas ou dos beneficiários.

444. O Estado brasileiro toma nota da jurisprudência desenvolvida até agora por essa Colenda Corte e compreende que ela representa parte importante do incremento e da efetividade das medidas de reparação devidas em razão de violações à Convenção Americana e aos demais tratados sujeitos à jurisdição dessa Corte, especialmente porque o texto convencional, por si só, não oferece parâmetros suficientes para sua efetiva aplicação.

445. O Brasil aprecia de modo especial a orientação jurisprudencial que confere primazia às chamadas medidas de *restitutio in integrum* sobre outras medidas reparatórias, especialmente sobre a determinação de pagamento de indenização. Essa postura da Corte Interamericana tem sido elogiada também por quem promove estudos comparados com outros sistemas regionais de proteção dos direitos humanos:

It has been suggested that the measures of satisfaction awarded by the Inter-American Court have the role of humanizing reparations in international human rights law, given that they go beyond a simple order to pay some monetary compensation. **Some judges from that court have also warned against the danger of mercantilization of reparations, in the sense of reducing their wide range to simple indemnifications.** Does the current European system encourage the process of ‘monetizing’ international human rights law remedies in the sense of focusing excessively on translating issues into a financial framework as opposed to alternatives?⁸⁶ (grifo nosso)

446. Ao longo dos últimos anos a Corte Europeia de Direitos Humanos tem cada vez mais determinado em sentenças as medidas de restituição integral. Tem-se de algum modo uma mudança na tradicional concepção europeia de que as sentenças da Corte deveriam se limitar a declarar a violação e condenar os Estados a uma reparação

fornecimento de cursos, etc); (iv) garantias de não repetição (capacitação de funcionários públicos e execução de políticas e de reformas legislativas e regulamentares, capazes de ampliar o impacto coletivo das medidas de reparação); (v) obrigação de investigar, processar e punir; e (vi) compensação (pagamento de indenização), em relação às consequências econômicas e às não econômicas.

⁸⁶ ICHIM, Octavian. *Just satisfaction under the european convention on human rights*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015, p. 20.

pecuniária. Nesse contexto, a primazia das medidas de restituição integral sobre outras medidas de reparação também tem sido reconhecida por aqueles que analisam sua jurisprudência:

The Court has explained that, following a ruling in which it finds one or more breaches of Convention rights, Article 46(1) requires contracting states to effectively put an end to the violations established by the Court and fulfill *restitutio in integrum*. *Restitutio in integrum* is the primary form of reparation that states parties to the ECHR must provide. Its purpose is to re-establish as far as possible the situation existing before the breaches and to “take something from the wrongdoer to which the victim is entitled and restore it to the victim.” When practicable, *restitutio in integrum* is the preferred form of reparation: it ends continuing violations and, more importantly, “corresponds to the needs and desires of victims.”⁸⁷

447. Ao Estado brasileiro, de fato, parece que a previsão convencional de possível imputação de sanção indenizatória em face da comprovada violação de direitos humanos não deve ser a *prima ratio* entre as medidas de reparação cabíveis, sob pena de se promover indesejada “*monetização*” do sistema de petições individuais insculpido na Convenção. Essa mesma preocupação, aliás, deve guiar os tribunais internacionais em geral, e essa Corte em particular, quando da fixação de montantes devidos a título de reparação pecuniária por danos materiais ou morais.

448. A preocupação de se determinar medidas de reparação relacionadas às violações declaradas em sentença e proporcionais àquelas violações e aos danos sofridos também é resultado positivo dessa construção jurisprudencial. A fixação das medidas de reparação por essa Honorável Corte deve sempre ter em consideração as possibilidades de violações mais ou menos graves, assim como o reconhecimento de danos de maior ou menor proporção, de modo que as reparações sejam fixadas à luz da gravidade da violação e da proporção do dano que o caso apresenta. É questão de justiça sobretudo para os Estados, que não devem ser sancionados de modo semelhante àqueles que promoveram violações e danos mais graves.

449. É nesse sentido que a Corte Interamericana vem adequadamente desenvolvendo jurisprudência que contempla diversas espécies de reparação, tais como medidas de *restituição* (libertação de vítimas ilegalmente detidas, proteção de vítimas

⁸⁷ NIFOSI-SUTTON, Ingrid. The Power of the European court of human rights to order specific non-monetary relief: a critical appraisal from a right to health perspective. *Harvard Human Rights Journal*, 2010, Vol. 23, p. 53.

deslocadas para que retornem ao local de origem e retorno de terras ancestrais a povos indígenas, por exemplo); *reabilitação* (tratamento médico ou psicológico para as vítimas, por exemplo); *satisfação* (atos públicos e cerimônias de reconhecimento de responsabilidade pelo Estado; publicação da sentença; construção de monumentos; localização dos restos mortais das vítimas; investigação, persecução e punição, etc); além da *compensação pecuniária*.

IV.2. Sobre as chamadas medidas de não repetição

450. Ainda sobre a jurisprudência dessa Egrégia Corte, o Brasil toma nota do entendimento de que as medidas de reparação determinadas em sentença condenatória podem abranger não somente medidas individuais, de caráter reparatório, voltadas às vítimas identificadas e devidamente representadas na controvérsia, mas também medidas gerais, de caráter preventivo, voltadas à adoção de atos administrativos, legislativos ou de outra natureza a serem adotados segundo parâmetros estipulados por essa Corte, sem o desenvolvimento de critérios objetivos relacionados à existência de violações sistêmicas de direitos humanos que justifiquem amplas medidas de não repetição.

451. Nesse passo, o Estado brasileiro conhece o entendimento dessa Honorável Corte de que as medidas de reparação fixadas em sentença condenatória podem incluir medidas preventivas, de caráter estrutural, que visam a evitar a repetição futura das violações constatadas no caso em julgamento, ou seja, as chamadas *medidas de não repetição* ou *garantias de não repetição*. Sob o amplo espectro dessas medidas há sentenças que determinam aos Estados a adoção de decisões legislativas (aprovação, emenda, revogação ou afastamento de leis nacionais), administrativas (medidas de aprimoramento das capacidades de atuação de agentes públicos, construção de presídios e outras instituições públicas, etc) e judiciais (revogação de decisões judiciais domésticas).

452. Tem-se usualmente o argumento de que se os Estados Partes da Convenção obrigaram-se a adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos na Convenção (artigo 2º da CADH), pode a Corte Interamericana concretizar tal obrigação em sentença que, a partir de um

caso específico, determine as medidas gerais, legislativas ou de outra natureza, que devem ser adotadas para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

453. Esse raciocínio, sob o entendimento do Estado brasileiro, merece uma cuidadosa reflexão à luz do consenso estabelecido nos termos do artigo 61.1 da Convenção Americana. A obrigação de adotar medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos na Convenção é e deve ser imputada aos Estados partes da CADH por aplicação do seu artigo 2º *per se*. Todas as demais obrigações assumidas pelos Estados ao se tornarem partes da Convenção Americana, aliás, guardam essa característica. Em outras palavras, os Estados signatários da CADH devem cumprir as obrigações instituídas no artigo 2º da Convenção da mesma forma que devem adimplir as obrigações de respeito e garantia instituídas nos demais dispositivos convencionais.

454. Nesse sentido, diante de comprovada violação do artigo 2º ou de qualquer outro dispositivo da CADH, entende o Estado brasileiro que a Corte Interamericana tem poderes para proferir sentença em que se declare a violação da norma convencional (artigo 61.1, primeira parte), determinar que se assegure à vítima o gozo dos direitos e liberdades violados (obrigação de cessação) e também que se **repare as consequências** da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada (medidas de reparação).

455. O Estado brasileiro, assim sendo, entende ser oportuna a reflexão sobre em que medida estariam incluídos no mandato convencional a condenação dos Estados à adoção de **medidas de prevenção das causas** da violação, para além das **medidas de reparação das consequências** daquela mesma violação. Em outras palavras, essa reflexão busca esclarecer a medida em que reparações que alcancem **possíveis infrações futuras** podem ser determinadas.

456. O exame da questão sob o prisma do artigo 41 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, norma equivalente ao artigo 63.1 da CADH, tem recebido o seguinte enfoque:

The judges were very attentive [when ruling on the Broniowski case] not to assume more powers than those conferred by the Convention. They examined the need to remedy the systemic nature of the violation in the context of the state's obligation under Article 46 to

abide by the Court's judgments, and **not as a matter of reparation for a potential breach under Article 41, which expressly covers past, not future, infringements.**⁸⁸ (grifo nosso)

457. Para além de um simples exercício de interpretação gramatical, a compreensão acima reflete, segundo o entendimento do Estado brasileiro, o compromisso assumido por todos os Estados que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ainda que essa Honorável Corte seja o órgão competente para dar a última palavra sobre a interpretação da Convenção, é fundamental que se observem parâmetros claros e objetivos para que, jurisprudencialmente, os limites do *pacta sunt servanda* sejam interpretados. Ainda que a Convenção Americana, como qualquer outro tratado, seja instrumento a ser interpretado de maneira viva, dinâmica, a partir da realidade vivida pelo intérprete em seu tempo, tal dinamicidade não pode configurar ausência de limites de atuação. Em outras palavras, a Corte IDH não pode ser *legibus solutus*.

458. A título ilustrativo, interessante destacar que, no Sistema Europeu de Direitos Humanos, a Corte EDH assiste os Estados na identificação de soluções apropriadas para superar violações sistêmicas de direitos humanos. Por meio da Resolução Res (2004)3, adotada em 12 de maio de 2004, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa assim decidiu:

Invites the Court:

I. as far as possible, to identify, in its judgments finding a violation of the Convention, what it considers **to be an underlying systemic problem and the source of this problem**, in particular when **it is likely to give rise to numerous applications**, so as **to assist states in finding the appropriate solution** and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgments;

II. to specially notify any judgment containing indications of the existence of a systemic problem and of the source of this problem not only to the state concerned and to the Committee of Ministers, but also to the Parliamentary Assembly, to the Secretary General of the Council of Europe and to the Council of Europe Commissioner for Human Rights, and to highlight such judgments in an appropriate manner in the database of the Court⁸⁹. (grifo nosso)

⁸⁸ ICHIM, Octavian. *Just satisfaction under the european convention on human rights*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015, p. 214.

⁸⁹ CONSELHO da Europa. *Resolução Res (2004)3 do Comitê de Ministros sobre Sentenças Reveladoras de um Problema Sistêmico Profundo*. Disponível em: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743257#Top>. Acesso em: 07 set. 2015.

459. Nos termos dessa decisão, a Corte Europeia a regulamentou o procedimento denominado “sentença-piloto” (*pilot-judgment procedure*). O procedimento de sentença-piloto pode ser iniciado a requerimento de uma das partes da disputa ou por decisão da própria Corte. Os juízes então avaliam se alguma das supostas violações afeta um amplo grupo de indivíduos que já peticionaram perante a Corte ou vítimas em potencial, identificando, assim, o problema sistêmico. Consequentemente, a Corte pronuncia a necessidade de se adotar reparações gerais, de não repetição, e fornece orientações para assistir o Estado na escolha que este tomará das medidas específicas que devem ser adotadas.⁹⁰ O Comitê de Ministros é responsável pelo monitoramento da implementação das medidas decididas pelo Estado para superar o problema sistêmico.

460. Há, portanto, alguns elementos que diferenciam consideravelmente ambos os sistemas regionais de proteção de direitos humanos quanto à adoção de medidas gerais de não repetição.

461. O primeiro, e mais importante, é que a Corte Europeia de Direitos Humanos recebeu o necessário **mandato dos Estados** para ampliar o escopo das condenações proferidas em suas sentenças, o que não ocorreu, até o momento, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em que tal ampliação se deu por desenvolvimento jurisprudencial.

462. O segundo é que a indicação da necessidade de se adotar medidas gerais de não-repetição pressupõe a identificação de **violações sistêmicas** de direitos humanos, o que não poderia ser diferente, já que a adoção de tais medidas em razão de violações individuais ou isoladas de direitos humanos se descolaria de qualquer percepção de proporcionalidade sem esse parâmetro de julgamento.

463. A percepção de que as medidas gerais de não repetição pressupõem uma violação sistêmica de direitos humanos também é compartilhada por aqueles que estudam o Sistema Interamericano:

A pattern of human rights violations often reveals systemic problems in the State that are likely to be repeated in the future if fundamental changes are not made. To end the cycle of human rights abuse, the Court orders reparations that not only benefit the individual victims in

⁹⁰ O *pilot-judgment procedure* é descrito no artigo 61 das Regras da Corte Europeia, por alteração promovida em 21 de fevereiro de 2011: CORTE EDH. *Regras da Corte*. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf. Acesso em: 07 set. 2015.

the case but also bring about structural changes that will benefit society. These remedies often include capacity building by training public officials, legislative reform, reversal or execution of domestic court rulings, and other nonlegal measures such as improving prison conditions.⁹¹

464. Apesar disso, uma avaliação atenta dos elementos que caracterizam a violação sistêmica apta a ensejar medidas gerais de não repetição ainda está por vir na jurisprudência desta Honorável Corte. Sobre o tema, eis uma reflexão sobre como tem se pronunciado a Corte Europeia:

The question is: how many similar cases are necessary before the Strasbourg judges accept the existence of an internal malfunction and prescribe general measures? In *Broniowski*, the Court identified 167 cases on its dockets and a potential total of some 80,000 complainants. In *Lukenda v. Slovenia*, 500 length-of-proceedings applications were pending before the Court, and in addition several statistics confirmed that delays in judicial proceedings were a major problem in that country. In *Hutten-Czapska v. Poland*, where the underlying systemic problem originated in the malfunctioning of the housing legislation, the Grand Chamber identified some 600,000 persons potentially affected. In *Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine*, where the failure consisted in non-enforcement or delayed enforcement of domestic decisions, the judges pointed to more than 300 judgments already delivered and some 1,400 applications pending, but further highlighted that any national who had obtained a final domestic decision ran the risk of being deprived of proper enforcement.⁹²

465. O Estado brasileiro está ciente de que o número de casos ante essa Corte e a Corte Europeia de Direitos Humanos é distinto, sobretudo em razão da forma de funcionamento desse Tribunal, que se reúne apenas durante os períodos de sessões, e da possibilidade de indivíduos peticionarem diretamente à Corte Europeia. Em razão disso, o Estado entende que essa Corte ainda está por desenvolver critérios sobre violações sistêmicas que se adequem à realidade do Sistema Interamericano, com o que será possível aclarar os parâmetros para determinação de medidas de não repetição.

466. O terceiro deles é a **natureza jurídica** das medidas gerais de não repetição. Enquanto o mandato conferido pelos Estados autoriza a Corte Europeia a **assistir os**

⁹¹ PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2^a ed. Nova Iorque: Cambridge, 2013 (e-book), pos. 8088.

⁹² ICHIM, Octavian. *Just satisfaction under the european convention on human rights*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015, p. 215.

Estados na decisão, que lhes compete, sobre as medidas necessárias para superar problemas sistêmicos de violação de direitos humanos, essa Honorável Corte tem construído entendimento de que lhe compete **determinar de modo cogente** medidas de não repetição concretas e específicas.

467. A definição de que as medidas de não repetição possuem **natureza recomendatória**, para além de derivar expressamente do mandato conferido pelos Estados à Corte Europeia, prestigia, naquele continente, a maior capacidade que os agentes do Estado possuem para definir a medida concreta a ser implementada para superar o quadro sistêmico de violação:

Unlike individual measures, the Court does not indicate a course of action, but leaves the choice to the breaching state. In fact, **the 2004 resolution of the Committee of Ministers, which is the legal basis for the Court's recommendations**, has invited the judges to identify only the existence and the source of a systemic problem, 'so as to assist states in finding the appropriate solution' and the Committee to supervise the execution. **The Court was denied permission to meddle in internal affairs. Indeed, it would even have been inappropriate to give it such power, given that governments are better equipped than an international institution to redress domestic legal shortcomings.**

[...]

The Court's approach is very cautious in the absence of a treaty provision to allow it to indicate a course of action, and also given that member states are extremely sensitive to any unjustified intervention in their own affairs. The Court has endeavoured to evade any possible accusation that it assumes more powers than it has under the Convention, or that it becomes involved in the tasks of another treaty organ. In so far as it needed a justification in that respect, the Court associated its new ability to give directions with a form of co-operation with the Committee [of Ministers] for a better and easier execution of its judgments, not with a power per se. Thus, whatever the case, the judges attach their entitlement to suggest general measures to the state's obligation to abide by the Court's decision, not to their own power to afford just satisfaction. **Otherwise stated, those measures are not linked directly or indirectly to a treaty violation, but are mentioned in order to assist the execution.** In the absence of an agreement by states, the judges had the only solution of accentuating the contracting parties' existing obligations instead of developing proactive theories of human rights protection.⁹³

⁹³ ICHIM, Octavian. *Just satisfaction under the european convention on human rights*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015, p. 216-218.

468. A jurisprudência da Corte Europeia tem reiterado o caráter recomendatório das medidas de não repetição por ela sugeridas, como demonstra o julgamento do *Caso Sejdivic v. Italy*⁹⁴.

469. Se é verdade que os Estados precisam adotar medidas que assegurem o cumprimento de sua obrigação de garantia-prevenção, para que violações de direitos humanos possam não se repetir, é verdade também que a adoção de políticas públicas, administrativas e legislativas, devem ser confiadas primordialmente aos representantes eleitos democraticamente pelo povo, que, por sua vez, estão submetidos aos parâmetros internos estabelecidos pelas Constituições nacionais. Nesse contexto, a falta de critérios para o estabelecimento de amplas obrigações de não repetição por instâncias internacionais pode enfraquecer a eficácia das sentenças da Corte.

470. O Estado brasileiro recebe com satisfação recomendações da Comissão Interamericana para que medidas de não repetição sejam adotadas, ou mesmo pareceres dessa Colenda Corte que no exercício de sua função consultiva possam dispor sobre a compatibilidade em abstrato de atos legislativos ou administrativos domésticos com a Convenção (artigo 64(2) da CADH). No exercício de sua competência contenciosa, é necessário, contudo, muita cautela para que medidas de não repetição sejam

⁹⁴ CORTE EDH. Grande Câmara. *Caso Sejdivic v. Italy* (Petição nº. 56581/00), Sentença de 1º de março de 2006, pars. 119-120:

119. The Court observes that under Article 46 of the Convention the Contracting Parties undertake to abide by the final judgments of the Court in any case to which they are parties, execution being supervised by the Committee of Ministers. It follows, among other things, that a judgment in which the Court finds a violation imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction under Article 41, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress as far as possible the effects. Subject to monitoring by the Committee of Ministers, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment (see, *mutatis mutandis*, *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII).

120. In *Broniowski v. Poland* ([GC], no. 31443/96, §§ 188-94, ECHR 2004-V) the Court considered that, where it found that a violation had originated in a systemic problem affecting a large number of people, general measures at national level could be called for in the execution of its judgments. This kind of adjudicative approach by the Court to systemic or structural problems in the national legal order has been described as a “pilot-judgment procedure”. The procedure is primarily designed to assist the Contracting States in fulfilling their role in the Convention system by resolving such problems at national level, thereby securing to the persons concerned the Convention rights and freedoms as required by Article 1 of the Convention, offering them more rapid redress and, at the same time, easing the burden on the Court, which would otherwise have to take to judgment large numbers of applications similar in substance (see *Broniowski v. Poland* (friendly settlement) [GC], no. 31443/96, §§ 34-35, ECHR 2005-IX).

determinadas, inclusive por meio do controle de convencionalidade em abstrato de leis nacionais.

471. Caso esta Honorable Corte, após as ponderações trazidas pelo Estado, compreenda poder editar medidas de não-repetição no exercício de sua jurisdição contenciosa, o Estado roga à Corte Interamericana que considere refletir sobre a indicação destas medidas em caráter recomendatório e somente após desenvolver parâmetros gerais, objetivos e razoáveis para sua indicação, quando identificadas violações sistêmicas, em colaboração com os Estados partes, a fim de assegurar sua justa e efetiva aplicabilidade no âmbito interno. Dessa forma, deve haver respeito pelas escolhas de políticas públicas feitas pelas autoridades nacionais que estejam legitimamente sujeitas a controvérsias derivadas do pluralismo democrático para o cumprimento das obrigações convencionais.

472. Por tudo que se expôs, o Estado brasileiro convida os Excelentíssimos Juízes que formam a composição atual desse Egrégio Tribunal a refletir sobre as considerações trazidas acima, de maneira que a melhor compreensão sobre a natureza e o alcance das medidas de não repetição possam orientar a sentença que será prolatada neste caso, dispondo-se, o Estado brasileiro, a colaborar com a Corte na discussão relacionada ao tema.

IV.3. O Estado tem direito de exercer margem nacional de apreciação à luz do artigo 2º da Convenção Americana

473. Segundo a doutrina internacional, assim pode ser definido o princípio da margem de apreciação:

La doctrina del margen de apreciación constituye el espacio para maniobrar que tendría el Estado, y que le permitiría definir las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención, o hacer una primera evaluación de los hechos y circunstancias que puedan justificar ya sea una restricción de algunos de esos derechos, o incluso su suspensión⁹⁵.

⁹⁵ LEDESMA, Héctor F. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 64.

474. Ela reconhece, portanto, que os Estados possuem certa flexibilidade para tomar medidas adequadas e eficazes, de acordo com a realidade vivenciada naquele lugar, para implementar os direitos consagrados em instrumentos internacionais.

475. A título informativo, recorda-se que a expressão *margem de apreciação* apareceu pela primeira vez em 1958, no relatório sobre o Caso Chipre (Grécia vs. Reino Unido) ante a Corte Europeia de Direitos Humanos. De lá para cá, já foi adotada em inúmeras decisões da extinta Comissão e em mais de 700 julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos⁹⁶. Nesses julgamentos, a Corte Europeia identifica determinados campos e situações em que deve ser conferida ao Estado *margem de atuação* e de decisão na implementação de direitos.

476. Ainda no âmbito do Sistema Europeu, o Tribunal de Estrasburgo já considerou, por exemplo, que as autoridades nacionais, por seu direto e contínuo contato com as necessidades do momento, estão, em princípio, em melhor posição do que um juiz internacional para decidir sobre a presença de uma situação de emergência. Foi o que ocorreu no *Caso Lawless vs. Irlanda*⁹⁷. Segundo outro julgamento daquela Corte (*Caso Frette vs. França*, 2002), também deve ser resguardada a *margem de apreciação nacional* em áreas onde há pouco consenso entre os Estados e nas quais o direito ainda está em estágio de transição⁹⁸.

477. Já no *Caso Brannigan e McBride vs. Reino Unido*, a Corte Europeia decidiu que o Estado não teria excedido sua *margem de apreciação* ao considerar que a derrogação de um direito – um extenso período de detenção sem supervisão judicial – foi estritamente requerida pelas exigências da situação:

No curso deste episódio, os reclamantes foram presos e detidos de acordo com o Ato (de Provisões Temporárias) de Prevenção ao Terrorismo de 1984. Os reclamantes argumentaram que o extenso período de detenção não poderia estar baseado no que era “[...] estritamente requerido pelas exigências da situação”. Apesar disso, a Corte decidiu que os requerimentos perante o Artigo 15 haviam sido satisfeitos e, além do mais, aceitou o argumento estatal de que a

⁹⁶ GREER, Steven. The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights. *Human Rights Files No. 17*. Estrasburgo: Council of Europe Publishing, 2000. p. 5

⁹⁷ CORRÊA, Paloma Morais. Corte interamericana de direitos humanos: opinião consultiva 4/84 — a *margem de apreciação* chega à América. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, 2013. p. 273.

⁹⁸ Id. p. 274.

detenção por extensos períodos e sem supervisão judicial era “[...] estritamente requerida pelas exigências da situação”.⁹⁹

478. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Corte já reconheceu a incidência do princípio da margem de apreciação, conforme se depreende da doutrina, ao recordar a Opinião Consultiva nº 4/84:

The Inter-American Court has affirmed that States have a margin of appreciation, meaning a certain degree of flexibility, in implementing the Convention’s substantive provisions. In its advisory opinion on *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, the Court cited with approval the general principle of “margin of appreciation”, which is frequently raised by the European Court. A margin of appreciation allows a State some latitude in judgement or discretion in implementing international rules in the domestic sphere¹⁰⁰.

479. A determinação das medidas legislativas, ou de outro caráter, necessárias para tornar efetivos os direitos consagrados na Convenção, a que faz referência o art. 2º da Convenção, a determinação de como se indenizará uma pessoa condenada por erro judicial (art. 10 da Convenção) e a determinação dos recursos judiciais que protegem a pessoa contra atos que violem seus direitos fundamentais, incluindo a determinação do tribunal competente, são alguns dos exemplos de campos para aplicação da margem nacional de apreciação reconhecidos pela doutrina:

Aunque los conceptos empleados por la Convención tienen un carácter autónomo, independiente del contenido y alcance que se asigne a los mismos en el Derecho interno de los Estados, **muchos de ellos no están exentos de una dosis de subjetividad que, implícitamente, confiere al Estado un cierto margen de apreciación en la determinación de las circunstancias allí previstas; por ejemplo, la determinación de las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención, a la cual se hace referencia en el art. 2 de la Convención**, la determinación de que concurren los supuestos de una situación de emergencia de la naturaleza prevista en el art. 27.1 de la Convención, o la determinación de lo que constituye una amenaza a la seguridad nacional (o a la moral pública) según el art. 13.2 de la Convención, o lo que –de acuerdo con el art. 22.3 de la Convención– se considera indispensable, en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales y restringir el derecho de circulación, o las restricciones que, con los propósitos precisamente señalados por la Convención, pueda imponer la ley a los derechos de reunión (art. 15 de la Convención) o asociación (art. 16 de la Convención). Ese

⁹⁹ Id. p. 274.

¹⁰⁰ PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2ª ed. Nova Iorque: Cambridge, 2013. p. 51.

margen de apreciación también le permitiría al estado una cierta discrecionalidad en la determinación de cómo se indemnizará a una persona que haya sido condenada debido a un error judicial (art. 10 de la Convención), o fijar las condiciones en que se podrá ejercer el derecho de rectificación o de respuesta (art. 14 N° 1 de la Convención), o reglamentar la forma de asegurar el derecho de toda persona a un nombre propio y a los apellidos de sus padres (art. 18 de la Convención), o determinar las bases para adquirir la nacionalidad respecto de quienes no hayan nacido en el territorio del Estado (art. 20 de la Convención), o a reglamentar el ejercicio de los derechos políticos (art. 23 de la Convención), o a optar entre una democracia directa y una democracia representativa (art. 23, N° 1 letra a, de la Convención), o a determinar la periodicidad con la que se celebrarán sus elecciones (art. 23, N° 1 letra b, de la Convención), o la determinación de los recursos judiciales idóneos que amparen a la persona de actos que violen sus derechos fundamentales, incluyendo la determinación del tribunal competente para conocer de los mismos (art. 25 de la Convención)¹⁰¹. (grifo nosso)

480. Como se verifica, o campo para aplicação da doutrina da margem de apreciação nacional no âmbito do Sistema Interamericano é considerável. Compreende-se, todavia, que há razões históricas para o pouco desenvolvimento dessa doutrina no âmbito do Sistema Interamericano. O passado pouco democrático vivenciado por muitos dos países que integram o Sistema Interamericano permite compreender a desconfiança em se conferir margem de apreciação aos Estados. Entretanto, o Estado entende que o assunto merece, atualmente, maior atenção da Corte.

481. Ainda que o desenvolvimento explícito da doutrina da margem de apreciação nacional seja parco no Sistema Interamericano, a compreensão é de que ela aparece em outras decisões além daquela proferida na Opinião Consultiva nº 4/84:

As previously explained, most scholars believe that the margin-of-appreciation doctrine is almost entirely foreign to the IAHRs. This is not entirely accurate. Both the Inter-American Commission and the Inter-American Court have made reference to and employed the margin-of-appreciation doctrine in several decisions—albeit inconsistently. First, the IAHRs has made use of the margin-of-appreciation doctrine in discussions concerning political participation, particularly the kind described in Article 23 of the American Convention. For example, in a case against Guatemala, the Inter-American Commission found that the context of Guatemalan and international constitutional law in which this condition of ineligibility is placed is the appropriate dimension for analysis of the applicability of the Convention in general, and of the applicability of its Arts. 23 and 32 [of the American Convention] to the instant case, and *from which the margin of appreciation allowed by international law can emerge*.

¹⁰¹ LEDESMA, Héctor F. Op. Cit., p. 63.

In other decisions and reports, both the Inter-American Commission and the Inter-American Court have interpreted Article 23 in line with the margin-of-appreciation doctrine¹⁰².

*

The clearest resort to second-order reasoning by the IACtHR is from an Advisory Opinion. [...]

Whilst other IACtHR cases do not so explicitly employ second-order reasoning or a margin of appreciation, there are cases that show such reasoning features in the judicial process¹⁰³.

482. Entende o Estado brasileiro que a realidade atual permite que referida doutrina seja considerada tanto na análise a respeito do cumprimento das disposições da Convenção quanto na eventual determinação de medidas de reparação, incluindo as de não repetição, reconhecendo-se a margem de apreciação em relação à forma de cumprimento de tais medidas.

483. Com as considerações trazidas anteriormente, o Estado não pretende afirmar que a Corte IDH não tem competência para condenar os Estados a adotar medidas legislativas ou de outra natureza para tornar efetivos os direitos protegidos na CADH. O dever de adotar disposições de direito interno (art. 2) é tão “justiciável” quanto os demais dispositivos da CADH. Sua violação pode ensejar condenação pela Corte.

484. O controle de convencionalidade que a Corte pode exercer sobre medidas legislativas e de outra natureza para tornar efetivos os direitos da Convenção pode alcançar não somente a existência de tais medidas, mas também sua efetividade.

485. No entanto, como ocorre com qualquer outro dispositivo da CADH, a constatação de sua violação pressupõe um fato omissivo ou comissivo que atente contra a Convenção, tal como uma “medida legislativa ou de outra natureza”. Tais fatos (medidas) precisam ser apontados desde o início do processo, como violadores do artigo 2º por não permitirem o exercício de algum direito protegido na CADH. Nessas circunstâncias, estaria garantido ao Estado o contraditório e a ampla defesa, inclusive a possibilidade de questionar o cumprimento de requisitos de admissibilidade. Ademais,

¹⁰² CONTESSÉ, Jorge. Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System. *Law and Contemporary Problems*. Vol. 79. N. 2. 2016. p. 141.

¹⁰³ LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: deference and proportionality*. Oxford: Oxford University Press. 2012, p. 32.

esses questionamentos devem ser indicados pela CIDH como fatos violadores da CADH no escrito de submissão do caso à Corte.

486. Preenchidos os requisitos e submetida a medida legislativa ou de outra natureza ao SIDH como fato violador do artigo 2º, cabe o controle. O resultado desse controle, contudo, deve ser o reconhecimento de que algum direito não pode ser exercido por inexistência de medida que o regulamente ou por sua inefetividade, para então se condenar o Estado a adotar as medidas necessárias para tornar efetivo o direito, com a preocupação de que os termos em que essa obrigação deva ser efetivada não retire do Estado escolhas que estejam dentro da margem de apreciação.

487. Conforme se expôs acima, a doutrina reconhece que a determinação de medidas legislativas, ou de outro caráter, necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdade consagrados na Convenção, a que faz referência o art. 2º da Convenção, guarda margem para a apreciação nacional. Assim, cabe ao Estado escolher que medidas devem ser adotadas para tornar efetivo o direito. No *Caso Niños de La Calle vs. Guatemala*, a Corte decidiu exatamente dessa maneira:

Si bien el Tribunal en su sentencia de fondo no decidió que Guatemala había violado el artículo 2 de la Convención, norma que dispone que el Estado está en la obligación de adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos” los derechos en ella reconocidos, es cierto también que ésta es una obligación que el Estado debe cumplir por el mero hecho de haber ratificado dicho instrumento legal. Así, esta Corte considera que Guatemala debe implementar en su derecho interno, de acuerdo al citado artículo 2 de la Convención, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de adecuar la normativa guatemalteca al artículo 19 de la Convención, para prevenir que se den en el futuro hechos como los examinados. **Pese a lo dicho, la Corte no está en posición de afirmar cuáles deben ser dichas medidas y si, en particular deben consistir, como lo solicitan los representantes de los familiares de las víctimas y la Comisión**, en derogar el Código de la Niñez de 1979 o en poner en vigencia el Código de la Niñez y la Juventud aprobado por el Congreso de la República de Guatemala en 1996 y el Plan de Acción a Favor de Niños, Niñas y Jóvenes de la Calle de 1997¹⁰⁴. (grifo nosso)

488. O Estado brasileiro, em paralelo ao exposto no item V.2 supra, compreende que a instrumentalização nacional das normas convencionais necessariamente depende

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*. Sentença de 26 de maio de 2001 (Reparações e Custas).

do respeito aos parâmetros jurídicos, econômicos e sociais de cada Estado, uma vez que esse exercício impulsiona a garantia efetiva de cumprimento das normas da CADH internamente.

489. O exposto acima não destoa do entendimento dessa Corte quanto aos limites que os Estados podem estabelecer na adequação das suas normas internas, desde que não sejam desproporcionais ou desarrazoados e que tenham como objetivo assegurar o exercício de direitos. Abaixo, segue trecho da decisão proferida no *Caso Castañeda Gutman Vs. México*:

Por su parte, el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana establece que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades a tales derechos, exclusivamente en razón de la “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único – a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales – evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos. (...) **Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos** y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos.¹⁰⁵ (grifo nosso)

490. Em paralelo, a decisão da Corte no *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*:

De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.¹⁰⁶

491. E, finalmente, a manifestação no *Caso Chaparro y Lapo vs. Equador*:

¹⁰⁵ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Sentença de 6 de agosto de 2008 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), par. 155.

¹⁰⁶ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentença de 2 de julho de 2004 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), par. 161.

El Tribunal recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad.¹⁰⁷

492. Em conclusão, o Estado brasileiro solicita que os pedidos de reparação formulados neste caso, especialmente as medidas de não repetição, sejam analisados em conformidade com a margem nacional de apreciação e à luz do artigo 2º da Convenção Americana, para que se reconheça discricionariedade do Estado para escolher as medidas que melhor podem atribuir efetividade aos direitos protegidos na Convenção.

IV.4. Medidas reparatórias adotadas pelo Estado brasileiro quanto a Vladimir Herzog e seus familiares

V.4.1. Reconhecimento doméstico de responsabilidade, medidas de satisfação e reparação compensatória

493. Conforme já mencionado, o Estado brasileiro tem adotado medidas pelas quais reconhece a responsabilidade de seus agentes pela detenção arbitrária, tortura e assassinato do jornalista Vladimir Herzog, nas dependências do DOI-CODI/IIº Exército, em 1975.

494. A responsabilidade do Estado brasileiro foi reconhecida, no plano doméstico, pela detenção arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog. Tal responsabilização deu-se mediante:

- (i) Sentença judicial, prolatada em 1978, que declarou a responsabilidade da União nessa matéria, no âmbito da Ação Declaratória nº 136-76, na qual foi assentada a relação jurídica entre os autores e a ré (União Federal), consistente na obrigação de indenizar os danos decorrentes da morte de Vladimir Herzog. Tal reconhecimento no âmbito do Poder Judiciário se deu ainda durante o regime militar;
- (ii) Na adoção da Lei 9.140/95, de 4 de dezembro de 1995, em que “são reconhecidos como mortas, para todos efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por esse motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*. Sentença de 21 de novembro de 2007 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), par. 107.

delas haja notícia”. Em decorrência de tal reconhecimento, a Lei estipulou indenização, a título reparatório, cujos beneficiários são os familiares da vítima. No caso de Vladimir Herzog, a viúva da vítima, Clarice Herzog, recebeu reparação pecuniária em conformidade com o parecer favorável da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e o decreto presidencial correlato, em 1996;

- (iii) No relatório final da Comissão Nacional da Verdade, de 10 de dezembro de 2014, o qual assentou “não existir mais qualquer dúvida acerca da morte de Vladimir Herzog, detido ilegalmente, torturado e assassinado por agentes do Estado nas dependências do DOI-CODI do II Exército, em São Paulo, em outubro de 1975; e
- (iv) Na publicação de 2007 da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos da então Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República intitulada “Direito à Memória e à Verdade”, em que há o reconhecimento de que “Vladimir Herzog foi assassinado sob tortura no DOI-CODI de São Paulo”.

495. A Lei nº 9.140, de 1995, reconheceu a responsabilidade do Estado pelas mortes e desaparecimentos de pessoas durante o regime militar e instituiu a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP). Uma de suas atribuições é proceder ao reconhecimento formal dos casos de mortos e desaparecidos políticos, buscar a localização de seus restos mortais e aprovar reparações indenizatórias.

496. **Em abril de 1996**, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos reconheceu ter Vladimir Herzog falecido por causas não naturais em dependências policiais ou assemelhadas, em razão de sua participação – ou acusação de participação – em atividade política, fazendo jus a reparação por parte do Estado. Com base nessa decisão da CEMDP, que reconheceu a responsabilidade da União pela morte de Vladimir Herzog, o Presidente da República, por meio de decreto, outorgou à viúva Clarice Herzog o pagamento de indenização, de cunho reparatório, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais, em valor nominal à data).

497. Conforme já afirmado, o Estado brasileiro tem fomentado diversas iniciativas com o intuito de preservar a memória de cidadãos perseguidos durante o regime militar (1964-1985), contribuindo com isso para evitar que esses fatos se repitam. Esse foi um dos propósitos do livro “Direito à Memória e à Verdade”¹⁰⁸,

¹⁰⁸ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007, 500p.

lançado em 2007 pela então Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, que publicou o trabalho realizado pela Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos na análise de casos individuais de mortos e desaparecidos políticos. Nessa publicação oficial consta verbete dedicado a Vladimir Herzog, com a descrição de aspectos de sua história e memória, com o relato descritivo das circunstâncias de sua morte.

V.4.2. Aportes da Comissão Nacional da Verdade no Caso Vladimir Herzog

498. A criação da Comissão Nacional da Verdade (CNV), pela Lei nº 12.528/2011, representou marco histórico no compromisso do Estado brasileiro com iniciativas no campo da justiça de transição após o término do governo militar, em 1985. Além de compromisso político e histórico que se depreende da criação, em si, da CNV, a atuação da Comissão representou a concretização de ação programática contida na Diretriz 23, do Objetivo Estratégico I, do Eixo Orientador VI: “Direito à Memória e Verdade”, previstos na terceira edição do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), aprovado por Decreto do Poder Executivo em 2009, atualizado em 2010.

499. Cabe referência, nesse contexto, ao compromisso do Estado em implementar as ações e objetivos veiculados no PNDH-3, elaborado com a finalidade de garantir avanços concretos e mensuráveis em políticas públicas de direitos humanos, consubstanciadas em Programas Nacionais de Direitos Humanos desde 1995 pelo Estado brasileiro, conforme orientação emanada da Conferência de Viena, em 1993.

500. Como já explicitado na presente contestação, o trabalho do núcleo pericial da CNV permitiu, no que tange ao caso em apreciação, que a equipe de peritos da CNV concluísse o jornalista foi estrangulado antes da simulação de seu enforcamento. Com base nesse laudo, a CNV registrou em seu relatório que “entende não existir mais qualquer dúvida acerca das circunstâncias da morte de Vladimir Herzog, detido ilegalmente, torturado e assassinado por agentes do Estado nas dependências do DOI-CODI do II Exército, em São Paulo, em outubro de 1975”.

501. Antes disso, em 2013, fora deferido o pedido de retificação da causa da morte constante no assento de óbito de Vladimir Herzog, apresentado pela CNV perante a 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo, determinando-se a alteração no documento para nele constar que a morte foi decorrente de lesões e maus tratos sofridos em dependência do Exército.

502. O Relatório da CNV dedica seis páginas a Vladimir Herzog (pp. 1794-1799)¹⁰⁹ e apresenta as seguintes conclusões:

Diante das investigações realizadas, conclui-se que Vladimir Herzog morreu em decorrência de ação perpetrada por agentes do Estado brasileiro, em contexto de sistemáticas violações de direitos humanos promovidas pela ditadura militar implantada no país a partir de abril de 1964, restando desconstruída a versão oficial de suicídio divulgada à época dos fatos. **As inciativas da CNV, tanto em entregar à família a certidão de óbito retificada, quanto em concluir análise pericial que evidencia o homicídio de Vladimir Herzog, foram passos concretos na luta pela elucidação dos graves direitos humanos** ocorridos durante a ditadura militar.¹¹⁰

V.5. Não cabe condenação à adoção de certas medidas de reparação na proporção sugerida pelas vítimas: a suficiência da indenização paga pelo Estado em razão dos danos morais e materiais a Vladimir Herzog

503. As vítimas apresentam pedido de pagamento de indenização por dano patrimonial ou material no valor de USD 4.936.691,26 (quatro milhões, novecentos e trinta e seis mil, seiscientos e noventa e um dólares e vinte e seis centavos), a título de lucro cessante, mais valor a ser fixado por equidade a título de danos emergentes.

504. O EPAP traz também pedido de pagamento de indenização por danos imateriais no valor de USD 40.000,00 (quarenta mil dólares) a cada um dos familiares em razão de danos morais decorrentes da suposta “omissão do Estado no seu dever de garantir a integridade e liberdade de expressão de Vladimir Herzog, assim como pela denegação de justiça, verdade e reparação cometidas contra seus familiares”.

¹⁰⁹ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: Volume III (Mortos e Desaparecidos Políticos)*. Brasília: CNV, 2014, 1996p. Disponível em: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_3_digital.pdf. Último acesso em: 09 de setembro de 2016.

¹¹⁰ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: Volume III (Mortos e Desaparecidos Políticos)*. Brasília: CNV, 2014, 1996p., p. 1799. Disponível em: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_3_digital.pdf. Último acesso em: 09 de setembro de 2016.

505. Após formularem tais pedidos, as vítimas esclarecem que “a família Herzog [...] recebeu R\$100.000,00 (cem mil reais) ou USD 100.000,00 (cem mil dólares) do Estado brasileiro à título de indenização” (EPAP, fl. 141), com fundamento na Lei 9.140/1995. Aduzem, contudo, que essa lei não teria levado em consideração as características específicas das vítimas.

506. Diante dos pedidos e fundamentos apresentados, o Estado entende necessário abordar alguns pontos.

507. O primeiro deles é que as violações sofridas por Vladimir Herzog estão fora da competência temporal da Corte, o que impede a fixação de reparações em decorrência desses fatos, como pretendem as vítimas. Aliás, esse entendimento foi adotado por essa Ilustre Corte na sentença do *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*:

O Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998 e, em sua declaração, indicou que o Tribunal teria competência para os “fatos posteriores” a esse reconhecimento. Com base no anteriormente exposto e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado, que pudesse implicar sua responsabilidade internacional, sejam anteriores a esse reconhecimento da competência. Por esse motivo, **fica excluída da competência do Tribunal a alegada execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996, ou seja, dois anos antes de o Brasil reconhecer a competência contenciosa da Corte, bem como qualquer outro fato anterior a esse reconhecimento.**¹¹¹ (grifo nosso)

508. O segundo ponto a ser considerado é que o valor final da indenização prevista na Lei 9.140/1995 leva em consideração o número de anos correspondentes à expectativa de sobrevivência de cada indivíduo e que o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais) é um patamar mínimo para as indenizações¹¹². Isso significa que, embora exista um patamar mínimo, a lei leva em consideração característica da vítima, a idade.

509. O terceiro ponto é que, conforme exposto anteriormente nesta manifestação, essa Ilustre Corte já teve oportunidade de se manifestar sobre a adequação dos

¹¹¹ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.). Série C No. 219. par. 16.

¹¹² Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, Art. 11, §1º: “Em nenhuma hipótese o valor da indenização será inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais)”.

montantes pagos com base na Lei n. 9.140/1995, inclusive considerando que abrangem tanto os danos materiais como os imateriais em razão das violações sofridas pelas vítimas diretas:

303. A Corte considera, como o fez em outros casos, que na hipótese de existirem mecanismos nacionais para determinar formas de reparação, esses procedimentos e resultados devem ser valorizados. Caso esses mecanismos não atendam a critérios de objetividade, razoabilidade e efetividade para reparar adequadamente as violações de direitos reconhecidas na Convenção, declaradas por este Tribunal, corresponde a este, no exercício de sua competência subsidiária e complementar, dispor as reparações pertinentes. Nesse sentido, foi estabelecido que os familiares das vítimas desaparecidas tiveram acesso a um processo administrativo que determinou uma indenização “a título de reparação” pelos desaparecimentos forçados ou mortes das vítimas diretas. **A Corte avalia positivamente a atuação do Estado nesse sentido e considera que os montantes fixados pela Lei nº 9.140/95, e pagas aos familiares das vítimas a “título de reparação”, são razoáveis nos termos de sua jurisprudência e supõe que incluem tanto os danos materiais como os imateriais a respeito das vítimas desaparecidas.** Por outro lado, nos casos das indenizações não reclamadas pelos familiares dos senhores Francisco Manoel Chaves, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, o Tribunal dispõe que o Estado estabeleça a possibilidade de que, num prazo de seis meses contados a partir da notificação da presente Sentença, aqueles interessados possam apresentar, caso o desejem, seus pedidos de indenização, utilizando os critérios e mecanismos estabelecidos no direito interno pela Lei nº 9.140/95.

[...]

309. A Corte julgou que as reparações econômicas concedidas no direito interno “a título de reparação” pelos desaparecimentos forçados são adequadas no presente caso. Por esse motivo, não ordenará o pagamento de somas adicionais a título de dano imaterial sofrido pelas vítimas de desaparecimento forçado¹¹³. (grifo nosso)

510. Salienta-se que entre as vítimas daquele caso, havia geólogo, médico, jornalista, arquiteto, advogado, estudante de filosofia, de arquitetura, de física, etc. Em relação a todos eles, a Corte julgou: “as reparações econômicas concedidas no direito interno ‘a título de reparação’ pelos desaparecimentos forçados são adequadas no presente caso”. Em nota de rodapé dessa mesma sentença, a Corte registrou que considerou o montante indicado pela Lei 9.140/1995 como “especialmente significativo, considerando o contexto social brasileiro”. As mesmas razões de decidir aplicam-se ao presente caso.

¹¹³ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Série C No. 219.

511. Com o reconhecimento de que cada indivíduo é único, o Estado ressalta que não há justificativas para entender que a indenização paga nos termos da Lei 9.140/1995 é adequada, razoável e efetiva para outras vítimas - geólogo, médico, jornalista, arquiteto, advogado e estudantes de diferentes cursos de graduação - mas não é no presente caso.

512. Além dos esclarecimentos já trazidos acima, o Estado contesta a justificativa trazida pelas vítimas de que “considerando as particularidades do contexto da época, não havia espaço para que os familiares pudessem pleitear” indenização no Poder Judiciário brasileiro. **O resultado da ação declaratória objeto da Seção II.1.1.b é prova em sentido contrário, uma vez que no âmbito daquele processo ficou reconhecida a existência da relação jurídica entre os familiares autores e a União, consistente na obrigação de indenizar danos decorrentes da morte do jornalista, sendo que a especificação de tais danos deveria ser objeto de ação de indenização, se desejada pelos autores.** Logo, conforme exposto na Seção III.6.3, a conjugação da jurisprudência dos tribunais internos sobre a matéria com o resultado da ação declaratória permite concluir que havia, sim, espaço para ajuizamento de ação própria para veicular pedido indenizatório.

513. Em face do exposto, o Estado solicita que sejam rejeitados os pedidos formulados no item XI.C.2 do EPAP, de pagamento de indenização por dano patrimonial ou material no valor de USD 4.936.691,26 (quatro milhões, novecentos e trinta e seis mil, seiscentos e noventa e um dólares e vinte e seis centavos) ou em qualquer outro valor, a título de danos emergentes ou de lucros cessantes, sendo reconhecida a razoabilidade dos valores já pagos, nos termos da jurisprudência dessa Corte.

514. Quanto ao pagamento de indenização por danos morais, o Estado observa que, no *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*, essa Corte, ao definir o pagamento de indenizações a familiares, não incluiu os familiares da vítima em relação a qual a Corte considerou que não tinha competência temporal para análise das violações que sofreu¹¹⁴.

¹¹⁴ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.). Série C No. 219. par. 251 c/c 311.

515. Nesse sentido, o Estado brasileiro solicita que se leve em consideração a inexistência de violação ao artigo 5.1 da CADH em razão da suposta denegação de justiça, verdade e reparação cometidas contra os familiares de Vladimir Herzog, nos termos da argumentação trazida nas Seções IV.5, IV.6 e IV.7 desta manifestação.

V.6. Não cabe condenação à adoção de medidas relativas à prolação de decisões judiciais: seria inadequada condenação a julgamento dos responsáveis pela prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog por eventual condenação por violação ao art. 25 da CADH

516. Solicitam as vítimas que essa Corte “exija do Estado brasileiro a investigação dos fatos com o fim de identificar na totalidade os autores materiais, intelectuais e cúmplices; o seu julgamento e sanção adequada”. Ainda a esse respeito, solicitam que se determine que a Lei de Anistia “não continue a ser um obstáculo para investigação dos fatos do presente caso”. Não obstante, essas reparações dizem respeito a desdobramentos das violações sofridas por Herzog, que estão fora da competência temporal do Tribunal. Determinar esse tipo de reparação como reflexo de eventuais violações sofridas pelas vítimas indiretas do caso torna sem efeito útil a limitação temporal à jurisdição da Corte.

517. Ademais, não foi a Lei de Anistia que impossibilitou, no caso concreto, a abertura de investigações em 2008. Isso significa que o pedido é inadequado e não guarda relação com os fatos submetidos à Corte pela Ilustre Comissão. Ainda que a decisão que transitou em julgado em 1993 tenha aplicado a Lei Anistia, ela está fora da competência temporal do Tribunal.

518. É fato que as vítimas igualmente requerem que essa Corte determine ao Estado que não pode utilizar “a prescrição, a coisa julgada, os princípios da irretroatividade da lei penal e do *non bis in idem*, ou qualquer excludente de responsabilidade similar, para se eximir do seu dever de investigar, julgar e sancionar”. A propósito dos institutos citados, por serem aplicáveis ao caso concreto, o Estado demonstrou, na presente manifestação, que eles estão de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Não é possível falar em violação ao art. 25 desse mesmo instrumento e as decisões internas devem permanecer incólumes, sendo

inadequada a condenação a julgamento dos responsáveis pela prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog.

519. A título argumentativo, o Estado demonstrou ainda ser inadequado exigir que decisões judiciais passadas estivessem em consonância com interpretação que surgiu no âmbito internacional apenas em momento posterior, inclusive aplicando conceitos não normativos, como graves violações de direitos humanos. Ignorar toda e qualquer garantia judicial ou limite procedimental para determinar a revisão de decisões judiciais para que se adequem a interpretação posterior fere, a um só tempo, as garantias previstas na Convenção Americana e a segurança e estabilidade jurídicas.

520. Em razão disso, o Estado brasileiro pede que essa Honorável Corte rejeite os pedidos formulados nos tópicos XI.C.1.a, (1) e (2), do EPAP e se abstenha de determinar a adoção de medidas relativas à prolação de decisões judiciais referentes ao caso em exame e tampouco referentes a outros casos.

V.7. Não cabe condenação à adoção de iniciativas relativas a reformas legislativas

521. Ressalvado o exposto na Seção V.2 desta manifestação, caso a Corte Interamericana compreenda estarem presentes os pressupostos para que se ordene ao Estado a adoção de medidas de não repetição com vistas à adoção de reformas legislativas, o Brasil considera inadequada a formulação de condenação em atendimento ao que solicitam os representantes, pelas razões que passa a expor.

V.7.1. Condenação para que o Estado brasileiro obrigue seus Estados federados a aprovar lei que confira autonomia aos órgãos de perícia criminal, a conferir-lhes recursos humanos e administrativos e a obrigá-los a adotar protocolo de diligência para produção de provas violaria a Cláusula Federal da CADH (art. 28.2) e, alternativamente, a margem nacional de apreciação de políticas públicas

522. As vítimas pleiteiam que a Corte condene o Estado a editar uma lei em cada Estado da federação brasileira que confira autonomia das perícias perante às polícias por meio da criação de uma carreira específica e independente àqueles profissionais, e que lhes sejam garantidos recursos humanos, financeiros e de estrutura para a realização de suas funções.

523. Inicialmente, verifica-se que o pleito dos representantes é juridicamente impossível, uma vez que a Constituição não confere ao Governo Federal brasileiro poderes de ingerência perante aos Estados da federação para obrigá-los a editar uma lei estadual que confira autonomia das perícias perante as polícias por meio da criação de uma carreira específica e independente àqueles profissionais.

524. O pedido não leva em consideração que a própria CADH, em seu artigo 28.2, assim dispõe:

Artigo 28. Cláusula federal

1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

525. Assim, não há como acolher pedido para que seja determinada a aprovação de lei em cada estado da federação brasileira.

526. Ademais, a intenção dos representantes é a garantia de uma “autonomia pericial” para que haja uma isenta investigação dos crimes. Sucede que, para tal fim, não há necessidade de uma condenação do Estado brasileiro para edição de leis estaduais.

527. Se a lei é tida como solução para garantir uma investigação isenta, o Estado brasileiro considera que já cumpriu sua obrigação ao editar a Lei nº 12.030/2009, que garante a autonomia técnica, científica e funcional para a atividade pericial. Veja-se o que diz o seu artigo 2º:

Art. 2º No exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal, é assegurado autonomia técnica, científica e funcional, exigido concurso público, com formação acadêmica específica, para o provimento do cargo de perito oficial.

528. Quanto à criação de uma carreira autônoma, no Brasil já houve diversas tentativas no âmbito dos estados federados, no entanto o Supremo Tribunal Federal

entendeu pela necessidade de alteração da Constituição Federal brasileira, tendo em vista que o seu artigo 144 possui um rol taxativo sobre os órgãos encarregados do exercício da segurança pública, que são: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; e V - polícias militares e corpos de bombeiros militares¹¹⁵. Observa-se que o Supremo vedou tão somente a criação de uma carreira autônoma, permitindo a autonomia técnica, científica e funcional como já assegurada pela Lei Federal nº Lei nº 12.030/2009.

529. Ressalta-se que tramitam no Congresso Nacional propostas de alteração da Constituição Federal a respeito do tema. Uma delas é a PEC nº 499/2010, que objetiva a inclusão da “perícia oficial criminal” como um dos órgãos responsáveis pela segurança pública, por meio de alteração da redação do inciso IV do artigo 144 da Constituição. Outra, é a PEC 325/2009, que tem o objetivo de criar a Perícia Oficial, de natureza criminal, como órgão essencial à função jurisdicional, acrescentando Seção ao Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal, correspondente às funções essenciais à Justiça.

530. Após análise conjunta das duas PECs por Comissão Especial da Câmara dos Deputados, foi apresentado substitutivo que prevê a inclusão de dois incisos no artigo 144 da Constituição (VI – perícia criminal federal. VII- perícias criminais dos Estados e do Distrito Federal) e de dois parágrafos no mesmo artigo, que teriam a seguinte redação:

§ 11. A perícia criminal federal, dirigida por perito criminal federal de carreira, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira única, destina-se a

¹¹⁵ Sobre o assunto, veja-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: “Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 19, de 16 de julho de 1997, à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; expressão “do Instituto-Geral de Perícias” contida na Emenda Constitucional nº 18/1997, à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; e Lei Complementar nº 10.687/1996, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 10.998/1997, ambas do Estado do Rio Grande do Sul 3. Criação do Instituto-Geral de Perícias e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. 4. O requerente indicou os dispositivos sobre os quais versa a ação, bem como os fundamentos jurídicos do pedido. Preliminar de inépcia da inicial rejeitada. 5. Observância obrigatória, pelos Estados-membros, do disposto no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 6. Taxatividade do rol dos órgãos encarregados da segurança pública, contidos no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 7. Impossibilidade da criação, pelos Estados-membros, de órgão de segurança pública diverso daqueles previstos no art. 144 da Constituição. Precedentes. 8. Ao Instituto-Geral de Perícias, instituído pela norma impugnada, são incumbidas funções atinentes à segurança pública. 9. Violação do artigo 144 c/c o art. 25 da Constituição da República. 10. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente”. (ADI 2827, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2010, DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011 EMENT VOL02497-01 PP-00019).

exercer, com exclusividade, as funções de perícia oficial, de natureza criminal, da União.

§ 12. Às perícias criminais dos Estados e do Distrito Federal, dirigidas por perito oficial de carreira incumbe, ressalvada a competência da União, exercer com exclusividade as funções de perícia oficial, de natureza criminal, exceto as militares.

531. Os esclarecimentos trazidos acima, conjugados com a margem nacional de apreciação, demonstram a desnecessidade e a impossibilidade de acolhimento do pedido das vítimas relacionado à criação de uma carreira específica de peritos.

532. Em adição ao acima exposto, o Estado registra que as informações apresentadas na Seção V.9.4 desta manifestação demonstram a desnecessidade de acolhimento do pedido das vítimas de condenação para criação de um protocolo de diligência para apuração e produção de provas de crimes de tortura, bem como determinação para promoção da capacitação dos peritos forenses.

533. Em razão disso, o Estado brasileiro pede que essa Honorável Corte rejeite os pedidos formulados no tópico XI.C.1.a.(4) do EPAP e, em especial, se abstenha de determinar a adoção de iniciativas relativas a reformas legislativas.

V.7.2. Da inadequação e da desnecessidade de condenação para que o Estado brasileiro aprove lei para atribuir imprescritibilidade ao crime de tortura

534. À luz do entendimento exposto nas Seções V.1 a V.3 da presente manifestação, o Estado entende não ser cabível a condenação à adoção de iniciativas relativas a reformas legislativas. Entende, ademais, que eventual condenação poderia prever obrigação de meio, mas não de resultado, uma vez que se deve levar em conta que a aprovação de projetos de lei depende de votação feita dos representantes democraticamente eleitos.

535. Pertinente registrar que há, no Brasil, projeto de lei com objetivo de reformar o Código Penal brasileiro, trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Na proposta apresentada, o § 7º do art. 468 estabelece que o crime de tortura é imprescritível, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

536. Há, também, projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo (PL nº 4038/2008) que dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a

humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional. O art. 11 desse PL estipula que “Os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, graça, indulto, comutação ou liberdade provisória, com ou sem fiança”, enquanto o art. 23 tipifica o crime contra a humanidade por tortura.

537. O PL nº 4038/2008 foi apensado ao PL nº 301/2007, que visa também tipificar crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Entre os crimes contra a humanidade, esse PL inclui o crime de tortura, entendida como o ato que consiste em infligir dor ou sofrimento, físico ou psicológico, grave, a pessoa privada da liberdade ou sob o controle do agente público. O artigo 9º do PL nº 301/2007 prevê que o procedimento criminal e as penas impostas pelos crimes previstos naquela lei são imprescritíveis.

538. Em razão do acima exposto, o Estado brasileiro pede que essa Honorável Corte rejeite os pedidos formulados no tópico XI.C.1.a.(5) do EPAP e se abstenha de determinar a adoção de iniciativas relativas a reformas legislativas.

V.8. Da desnecessidade de condenação para adoção de políticas de efetivação do direito à memória e à verdade: o marco normativo e as políticas públicas de memória e verdade no Brasil

539. Ao longo da presente manifestação, o Estado teve a oportunidade de citar algumas medidas que fazem parte das políticas públicas internas de memória e verdade. De fato, o Estado brasileiro segue implementando importantes iniciativas no que concerne à efetivação do direito à memória e à verdade, bem como à justiça de transição. Assinalam-se, a seguir, algumas dessas iniciativas no âmbito da Comissão Nacional da Verdade, da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e Cidadania, da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania, do Ministério da Defesa, da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e do Ministério Público.

540. Tais iniciativas demonstram a desnecessidade de condenação do Estado à adoção de outras medidas. Subsidiariamente, caso assim não se entenda, roga o Estado que a análise dos pedidos seja feita à luz do exposto nas Seções V.2 e V.3 precedentes.

V.8.1. Comissão Nacional da Verdade

541. A Comissão Nacional da Verdade (CNV) foi criada mediante a promulgação, em 18 de novembro de 2011, da Lei 12.528, e instituída em 16 de maio de 2012. Sua finalidade, segundo o art. 1º da Lei 12.528/2011, era “examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas (entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988), a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”. Além disso, através de sua Resolução nº 2, de 20 de agosto de 2012, a CNV explicitou que lhe “cabe examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas [...] por agentes público, pessoas a seu serviço, com apoio ou no interesse do Estado”. Os objetivos da CNV encontram-se listados nos sete incisos do art. 3º da Lei 12.528/2011, e incluem, entre outros: esclarecer os fatos e circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos; promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria; e recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar a sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional.

542. Nesse sentido, a criação da CNV destaca-se como uma das principais conquistas recentes do Brasil, em relação ao respeito e à garantia dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Cabe ressaltar que a criação de uma Comissão da Verdade no Brasil foi exortada por essa Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua sentença prolatada contra o Estado brasileiro no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* (“Guerrilha do Araguaia”). A Corte Interamericana determinou que a criação de uma Comissão da Verdade se trata de um mecanismo importante, entre outros aspectos, para cumprir a obrigação do Estado de garantir o direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido, contribuindo para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento de fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas.

543. Na Resolução sobre Supervisão de Cumprimento de Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 17 de outubro de 2014, relativo ao caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, o Tribunal dedicou, entre os parágrafos 131 e 134, uma seção exclusiva à atuação da Comissão Nacional da Verdade (CNV).

544. O relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV)¹¹⁶, de 3.388 (três mil, trezentas e oitenta e oito) páginas, dividido em três volumes, foi entregue à sociedade no dia 10 de dezembro de 2014, Dia Internacional dos Direitos Humanos e 66º aniversário da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU.

545. A CNV orientou seus trabalhos de modo a tornar efetivo o direito à memória e à verdade histórica, e adotou como referência os conceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), conferindo especial atenção aos entendimentos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, em primeiro lugar, a CNV teve como horizonte de sentido o direito à memória e à verdade histórica, tal como concebido na jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

546. Conforme esclarecido no Capítulo 1 do Relatório da CNV, o direito à memória e à verdade histórica foi considerado tanto em sua dimensão coletiva quanto em sua dimensão individual. Em sua dimensão coletiva, a CNV apresentou à sociedade brasileira, por meio da reconstrução histórica, os casos apurados, identificando os locais, as estruturas, as instituições e as circunstâncias relacionadas aos fatos. Em sua dimensão individual, a CNV promoveu esforços na tentativa de esclarecer de forma circunstanciada casos de tortura, morte, desaparecimento forçado e ocultação de cadáver, bem como a identidade dos autores desses crimes.

547. Ao longo de sua existência, a CNV colheu 1121 (mil, cento e vinte e um) depoimentos, 132 (cento e trinta e dois) deles de agentes públicos, realizou 80 (oitenta) audiências e sessões públicas pelo país, visitando 20 (vinte) unidades da federação (somadas audiências, diligências e depoimentos). Foram realizadas centenas de diligências investigativas, entre elas dezenas de perícias, que incluíram a localização e identificação de um desaparecido político: Epaminondas Gomes de Oliveira, camponês que morreu em dependência das Forças Armadas em Brasília, cidade onde foi enterrado sem contato com a família ou indicação precisa de local de sepultamento.

548. O trabalho realizado pela Comissão Nacional da Verdade elevou para 434 (quatrocentos e trinta e quatro) os casos de mortos e desaparecidos vitimados por

¹¹⁶ Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/>. Último acesso em 08 de setembro de 2016.

agentes estatais na época do governo militar, o que representou uma atualização da lista oficial anterior, que computava o reconhecimento de 363 (trezentos e sessenta e três) vítimas fatais a partir do trabalho realizado pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos.

549. Não obstante a abrangência dos trabalhos realizados diretamente pela Comissão Nacional da Verdade, a criação da Comissão desencadeou, a partir de 2012, expressivo processo de mobilização para a criação de comissões da verdade em âmbito estadual, municipal, parlamentar, universitário, sindical, entre outros.

550. A partir do trabalho realizado pelas comissões estaduais da verdade e por outros fóruns e comitês da verdade, haverá a possibilidade não só da constituição de acervos completos e detalhados sobre a perseguição política no Brasil, mas também da coleta de novas informações que possam levar a elucidação da circunstância de morte e desaparecimento de opositores do governo militar no Brasil.

V.8.2. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos

551. A Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) foi instituída em 1995, como uma das principais conquistas dos familiares de mortos e desaparecidos políticos no Brasil. Criada pela Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, a CEMDP é órgão de Estado, composta de forma plural, com funcionamento no âmbito da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania.

552. Sua finalidade é proceder ao reconhecimento de pessoas mortas ou desaparecidas em razão de graves violações aos direitos humanos perpetradas durante o período do governo militar (1964-1985); envidar esforços para a localização dos corpos de mortos e desaparecidos políticos; emitir parecer sobre os requerimentos de indenização formulados por familiares de vítimas; e adotar outras iniciativas e políticas nos campos da justiça de transição e do direito à memória e à verdade.

553. Todos os casos e seus julgamentos pela CEMDP foram tornados públicos com a edição do livro “Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos”, em 2007¹¹⁷.

554. Atualmente, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, que funciona no âmbito da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania, conta com diferentes iniciativas em andamento nos campos da justiça de transição, especialmente voltadas à elucidação das circunstâncias de mortes decorrentes de perseguição política durante o governo militar e às buscas dos restos mortais de desaparecidos políticos do período.

V.8.3. Comissão de Anistia

555. A Comissão de Anistia foi instalada no Ministério da Justiça no dia 28 de agosto de 2001. Criada pela Medida Provisória nº 2.151, posteriormente convertida na Lei 10.559, de 13 de novembro de 2002, ela tem por finalidade examinar e apreciar os requerimentos de anistia, emitindo parecer destinado a subsidiar o Ministro de Estado da Justiça e Cidadania na decisão acerca da concessão de anistia política. O regime da anistia política abrange aqueles atingidos por atos de exceção por motivação exclusivamente política entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988. Já foram apresentados à Comissão mais de 75 mil requerimentos. Desses, mais de 60 mil já foram apreciados e, em seguida, submetidos à decisão final do Ministro da Justiça e Cidadania.

556. O estabelecimento desse órgão tornou efetivo o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, a qual dispõe que será “(...) concedida anistia política aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data de promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção (...)”.

557. Para além da dimensão individual de reconhecer a cada requerente sua condição de anistiado político e o direito às reparações morais e econômicas,

¹¹⁷ BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007, 500p.. Disponível em: http://dh.sdh.gov.br/download/dmv/direito_memoria_verdade.pdf. Último acesso em 09 de setembro de 2016.

compensando prejuízos causados pelo arbítrio estatal, o Ministério da Justiça e Cidadania, por meio da Comissão de Anistia, tem cumprido a função pública de aprofundar o processo democrático brasileiro a partir da busca de valores próprios da justiça de transição: o direito à reparação, à memória e à verdade. Suas ações inserem-se em um contexto maior de políticas do Estado brasileiro, organizadas e estruturadas no eixo “Direito à Memória e à Verdade” do III Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), instituído pelo Decreto nº7.037/2009, atualizado pelo Decreto nº 7.177, de 12 de maio de 2010.

558. Assim, desde 2007, a Comissão passou a promover diversos projetos de educação, cidadania e memória, levando as sessões de apreciação dos pedidos aos locais onde ocorreram às violações, promovendo chamadas públicas para financiamento a iniciativas sociais de memória, e fomentando a cooperação internacional para o intercâmbio de práticas e conhecimentos, com ênfase nos países do Hemisfério Sul. A competência da Comissão de Anistia para atuar em projetos de reparação e memória foi estabelecida pelo Decreto nº8.031/2013, de 20 de junho de 2013.

V.8.3.a. Memorial da Anistia Política no Brasil

559. Encontra-se em fase de implantação o Memorial da Anistia Política do Brasil. O projeto, criado em maio de 2008 no âmbito do Ministério da Justiça (atual Ministério da Justiça e Cidadania), em parceria com a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), a Prefeitura de Belo Horizonte e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), tem como objetivo construir um espaço de memória e consciência política, com sede na cidade de Belo Horizonte, destinado a preservar o legado e o acervo da Comissão de Anistia, bem como a servir de instrumento simbólico de reparação moral e coletiva às pessoas que tiveram seus direitos violados nos governos militares. As obras foram iniciadas em dezembro de 2012 e, em 2014, avançou-se no desenvolvimento do projeto museográfico.

560. Com o avançar dos processos de reparação individual —mesmo com a agregação dos elementos de efeito coletivo—, o programa de reparações brasileiro passou a enfocar também a dimensão da memorialização como forma de resgate da

verdade e promoção da memória política que o regime de exceção entendeu extirpar do país, violando o patrimônio cultural coletivo da Nação.

561. A ideia inscrita no Memorial da Anistia, em conformidade com iniciativas similares levadas a cabo em países como a Alemanha pós-nazista, a África do Sul pós-“apartheid”, os Estados Unidos após o fim da segregação e discriminação legais contra a população negra baseadas em critérios raciais, e mesmo diversos países da América Latina, como Chile e Argentina, após a experiência de viverem submetidos a regimes autoritários, é a de construir um processo de “memorialização”, garantindo a materialização de um amplo espaço público de reparação coletiva que funcione como pedido de desculpas do Estado a seu povo pelos erros do arbítrio autoritário praticado.

562. Os fundamentos conceituais do Memorial da Anistia, portanto, inserem-se nesta nova tradição de anistia no Brasil: como ato de reconhecimento do direito de resistir, de pedido de desculpas e de preservação da memória dos perseguidos políticos. A política pública que origina o Memorial não tem por objetivo constituir um museu sobre a história do Brasil, embora evidentemente essa dimensão estará nele contemplada. Pretende-se criar um lugar de memória e consciência que devolva à sociedade brasileira a pluralidade de ideias e projetos sociais que a repressão interrompeu, como forma de promoção de uma ampla política de reparação a esta sociedade que teve seu desenvolvimento político-cultural violado. Assim, agrega-se mais um elemento de consolidação do processo transicional brasileiro, fazendo avançar a ideia de uma reparação integral que contemple da forma mais ampla possível aqueles diretamente afetados pelos atos de exceção, e, acima de tudo, fomentando os valores democráticos e de cidadania que norteiam a integridade da Constituição como espaço de formulação dos princípios políticos norteadores da sociedade brasileira no período pós-redemocratização.

563. O Memorial da Anistia Política do Brasil contará com um centro de documentação e pesquisa que permitirá ao público interessado o acesso à integralidade dos acervos da Comissão de Anistia. O material, de alto valor histórico, é composto por mais de 74 mil requerimentos de anistia autuados no órgão, que narram a história política recente do país pela perspectiva das vítimas, seus familiares ou procuradores; por certidões do Serviço Nacional de Informações (SNI); documentação disponível no Arquivo Nacional; documentação de arquivos estaduais e municipais; informações

sobre a natureza dos vínculos empregatícios dos requerentes; documentação comprobatória de identidade; depoimentos e cartas atuais e do período das perseguições; recortes de mídia impressa; CDs e DVDs.

564. Em 2013, foi elaborado o projeto Memorial Virtual da Comissão de Anistia, a fim de possibilitar o acesso da sociedade às informações do acervo da Comissão e criar condições para a produção de pesquisas sobre as perseguições políticas ocorridas entre os anos de 1946 e 1988. Entre seus objetivos, está a construção do vocabulário controlado para o acervo do órgão, o que permitirá a indexação da massa documental de requerimentos de anistia, facilitando a exploração e a divulgação de informações de interesse histórico. Foram adquiridos equipamentos e *softwares* de última geração, que compõem um laboratório para pesquisas na área da memória e da justiça de transição.

V.8.3.b. Projeto Caravanas da Anistia

565. O Projeto Caravanas da Anistia, uma das ações da política de reparação moral da Comissão de Anistia, consiste na realização de sessões públicas itinerantes de apreciação de requerimentos de anistia, seguidas de atividades educativas e culturais. Trata-se de uma política pública de educação em direitos humanos, com o objetivo de resgatar, preservar e divulgar a memória política brasileira, em especial do período relativo à repressão ditatorial, estimulando e difundindo o debate junto à sociedade civil em torno dos temas da anistia política, da democracia e da justiça de transição.

566. Além das sessões de apreciações de requerimentos de anistia política, as Caravanas da Anistia propiciam à sociedade civil rememorar, debater e refletir sobre o período de exceção no Brasil; valorizar e difundir a história das pessoas que foram perseguidas e torturadas, bem como dar visibilidade à luta política e ao papel das entidades, organizações, instituições, partidos e organizações clandestinas em prol da democracia e anistia política; e dar a conhecer o trabalho desempenhado pela Comissão de Anistia.

V.8.3.c. Projeto Marcas da Memória

567. O Projeto Marcas da Memória foi instituído em 2008 com o objetivo principal de dar visibilidade à memória das vítimas, por meio da construção de acervo de fontes orais e audiovisuais, com critérios teóricos e metodológicos de registro e organização da história de vida de pessoas que vivenciaram períodos de repressão, notadamente aquelas contempladas pela Lei nº 10.559/2002. Ao final do projeto, os acervos de fontes orais e audiovisuais organizados serão disponibilizados para consulta pública e pesquisa no Centro de Documentação e Pesquisa do Memorial da Anistia Política no Brasil.

568. O projeto surge como alternativa à concentração de iniciativas de memória no plano governamental, transferindo recursos para ações diretamente elaboradas e executadas por grupos da sociedade civil. Assim, viabiliza a insurgência de distintas narrativas no seio social. Para atender a este amplo propósito, as ações do Marcas da Memória estão divididas em quatro campos: audiências públicas; história oral; chamadas públicas e fomento a iniciativas da sociedade civil; e publicações.

569. Por fim, o projeto objetiva publicar uma coleção de livros de memórias dos perseguidos políticos, dissertações e teses sobre o período do governo militar e a anistia no Brasil além de reimprimir ou republicar outras obras e textos históricos e relevantes e registrar anais de diferentes eventos sobre anistia política e justiça de transição. Sem fins comerciais ou lucrativos, todas as publicações são distribuídas gratuitamente, especialmente para escolas e universidades.

V.8.3.d. Clínicas de Testemunho

570. Concebido em 2012, o projeto é uma iniciativa pioneira, que compõe a nova etapa do amplo programa de reparações da Comissão de Anistia. As Clínicas do Testemunho constituem mais um esforço do Estado brasileiro para reparar e reintegrar à nossa história – tanto às histórias individuais, das vítimas, quanto à memória coletiva, da sociedade – as marcas psíquicas deixadas pelas violações de direitos humanos perpetradas durante o governo militar (1964-1985).

571. Uma reparação apenas nos campos financeiro e moral deixa uma fissura no campo psicológico que precisa ser estudada e erradicada por meio de uma política

pública de qualidade. É nesse contexto que surge o projeto Clínicas do Testemunho, por meio do qual o atendido poderá trocar experiências com seus pares, por meio de oitivas realizadas por equipe com conhecimento específico, através de metodologia apropriada para estas modalidades de traumas advindos da violência do Estado.

572. Por meio de parcerias com entidades da sociedade civil, o projeto mantém núcleos de apoio e atenção psicológica aos afetados pela violência de Estado entre 1946 e 1988 e seus familiares, que 1) dão atenção às vítimas, 2) capacitam profissionais, e 3) geram insumos de referência para aproveitamento profissional em novas experiências. Assim, os núcleos funcionam não apenas como clínica propriamente dita, mas também como espaço de formulação em rede de conhecimentos que possam ser posteriormente aplicáveis por outros profissionais para o atendimento de vítimas de violência de estado, suprimindo, assim, uma lacuna existente não apenas na política pública e oficial de reparações no Brasil, como também da própria clínica.

V.8.4. Iniciativas de educação em direitos humanos no âmbito da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania

573. A Educação em Direitos Humanos (EDH) refere-se ao uso de concepções e práticas educativas fundadas nos Direitos Humanos e em seus processos de promoção, proteção, defesa e aplicação na vida cotidiana e cidadã de sujeitos de direitos e de responsabilidades individuais e coletivas. A EDH orienta a formação de sujeitos de direitos com o objetivo de combater o preconceito e a violência e promover a adoção de valores de liberdade, justiça e igualdade.

V.8.4.a. Projeto Direito à Memória e à Verdade

574. No âmbito da Secretaria Especial de Direitos Humanos, o Projeto Direito à Memória e à Verdade (PDMV), com funcionamento na Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, tem atuação voltada a: a) incentivar Comitês e Comissões da Verdade setoriais; b) produzir e difundir exposições sobre a temática; c) publicar e distribuir livros; d) realizar atividades como seminários, palestras e debates. Além do trabalho de incentivo e apoio à formação de Comitês e Comissões da Verdade, vêm sendo realizados, no âmbito do PDMV: debates, palestras e exposições em

universidades, colégios e sindicatos; exposições móveis, disponibilizadas para instituições, eventos e congressos; inaugurações de memoriais; publicação de livros.

575. Até o fim de 2016, pretende-se reforçar as ações nas áreas de memória, verdade e reparação simbólica por meio da realização de concurso público para a construção de monumentos públicos, jardins e lápides simbólicos. A proposta consiste em estabelecer locais de memória e homenagem em espaços públicos e também em cemitérios, valas e outros locais de inumação de mortos e desaparecidos políticos, ainda que não tenha sido possível, até o momento, a identificação definitiva de seus restos mortais.

V.8.4.b. Mostra de Cinema e Direitos Humanos – Edição sobre Memória e Verdade

576. Criada em 2006 como uma das ações estratégicas da então Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República para celebrar o aniversário da Declaração Universal de Direitos Humanos, a Mostra Cinema e Direitos Humanos foi expandida ao longo dos últimos 10 anos e, atualmente, ocorre em todas as capitais do país. A Mostra é uma das estratégias do Governo Federal para a consolidação da cultura e educação em direitos humanos, ampliando espaços de debate e discussão por meio da linguagem cinematográfica e contribuindo para a formação de uma mentalidade coletiva para o exercício da solidariedade, do respeito à diversidade e tolerância.

577. O tema “Direito à Memória e à Verdade” foi trabalhado em quatro edições - em 2010, em 2011, em 2012 e em 2014 – em exhibições em todas as 27 capitais brasileiras. Como iniciativa para difusão de informações sobre o regime militar, a Mostra de Cinema em Direitos Humanos, organizada pela então Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, teve em 2014, na sua 9ª edição, a temática Memória e Verdade e os cinquenta anos do golpe de 1964, com filmes que abordaram fatos e narrativas sobre os acontecimentos políticos que marcaram o período.

V.8.4.c. Portal Memórias da Ditadura

578. O Portal Memórias da Ditadura, uma realização do Vlado Educação – Instituto Vladimir Herzog atendendo a demanda da então Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (atual Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania), foi lançado em 5 de dezembro de 2014. O portal tem conteúdo interativo e os internautas podem gravar depoimentos sobre o período do regime militar e publicar na página *online*. O sítio eletrônico conta também, em área destinada a professores, com planos de aula e material didático. Um dos objetivos do projeto é levar informações sobre o período dos governos militares a quem não conhece ou viveu essa parte da história do país. O material disponível abrange a atuação dos movimentos de resistência, a censura, as violações de direitos humanos, a produção artística e cultural do período e o cenário internacional. O sítio eletrônico está disponível em: <http://memoriasdaditadura.org.br/>.

V.8.4.d. Prêmio Direitos Humanos – Categoria Memória e Verdade

579. Instituído em 1995, pela Secretaria Especial de Direitos Humanos, o Prêmio Direitos Humanos abarca categorias temáticas em que são contempladas iniciativas de instituições e pessoas físicas que defendem ou promovem causas em benefício dos direitos humanos no país.

580. O Prêmio Direitos Humanos, a mais alta condecoração do governo brasileiro às pessoas e instituições que desenvolvem ações de destaque nas áreas de promoção e defesa dos Direitos Humanos, premiou diversas pessoas e organizações na categoria “Memória e Verdade”, que compreende o resgate à memória e à verdade no contexto da repressão política ocorrida no Brasil no período de 1946-1988, com vistas a promover a reflexão e a divulgação sobre a história brasileira, especialmente sobre os fatos importantes ocorridos naquele período, bem como o cenário político cultural e seu importante papel na construção da sociedade brasileira e do pensamento atual, a fim de possibilitar à população o conhecimento da história recente do país e a construção de mecanismos de defesa dos Direitos Humanos.

V.8.4.e. A formação em Direitos Humanos nas Forças Armadas, Magistratura e Ministério Público da União

581. No julgamento do *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil* (“Guerrilha do Araguaia”), esse honorável Corte prolatou sentença determinando que o Estado brasileiro desse continuidade às ações desenvolvidas para a capacitação do pessoal militar em matéria de direitos humanos e implementasse, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre essa mesma temática, dirigido a todos os seus níveis hierárquicos das Forças Armadas brasileiras.

582. Em cumprimento, o Ministério da Defesa, ao lado das Forças Armadas, estabeleceu o Curso de “Ética Profissional Militar” com ênfase em Direitos Humanos (P/C-EPM), cujas primeiras turmas de capacitação ocorreram a partir do ano de 2012.

583. Destaca-se também que o conteúdo programático foi elaborado com a assessoria do Ministério das Relações Exteriores e da Advocacia-Geral da União, e que a execução do referido curso conta com a supervisão da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e da Cidadania, a qual recebe periodicamente os relatórios e as informações sobre sua implementação. O conteúdo do Curso de Direitos Humanos está definido em um currículo e estruturado em 3 módulos inter-relacionados: I - Legislação Internacional incluindo a decisão exarada pela Corte IDH referente ao caso Gomes Lund e outros Vs Brasil; II - Legislação Nacional; e III - peculiaridades do Direito Internacional dos Conflitos Armados - DICA. O curso dá ênfase aos diferentes níveis de domínio cognitivo, possibilitando a sua adequada apreensão e a sua efetiva aplicação na vida profissional, além da identificação, na legislação militar, dos valores éticos, dos morais e dos deveres militares vinculados ao tema.

584. Na Resolução sobre Supervisão de Cumprimento de Sentença, de 17 de outubro de 2014, essa honorável Corte reconheceu que foram estabelecidas diretrizes ou critérios gerais e mínimos sobre os objetivos, conteúdo e carga horária de um “programa e/ou curso” denominado “Ética Profissional Militar”, o qual tem um conteúdo fundamental sobre direitos humanos, e que corresponderia a cada Força Armada, de acordo a seus sistemas de ensino, implementar o referido programa e/ou curso nos diferentes níveis hierárquicos. Reconheceu-se ainda que a elaboração dessas diretrizes gerais constituiu uma ação importante para o fortalecimento das capacidades institucionais do Estado.

585. Ademais, atento às recomendações da Corte na mesma Resolução de supervisão de cumprimento de sentença, o Estado efetuou atualizações e aperfeiçoamentos no referido curso de direitos humanos, de modo que não houvesse qualquer dúvida quanto ao seu caráter obrigatório e permanente no seio das Forças Armadas e para que em seu conteúdo fosse incluída de forma específica a jurisprudência referente a desaparecimento forçado de pessoas, outras graves violações de direitos humanos e à jurisdição penal militar. Afora essas medidas, os currículos escolares relativos ao tema são revisados e atualizados periodicamente e que o Estado vem adotando ações que permitam a contínua capacitação dos instrutores e professores.

586. No tocante aos dados atualizados sobre a capacitação dos militares em direitos humanos, eles estão informados no documento anexo elaborado pelo Ministério da Defesa, dando conta que mais de 300.000 (trezentos mil) militares já foram capacitados no Programa ou Curso de Ética Profissional Militar nas Forças Armadas entre os anos de 2013, 2014 e 2015.

587. A iniciativa de formação em Direitos Humanos também está presente no Poder Judiciário e no Ministério Público.

588. Merecem destaque os esforços conjuntos do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional de Justiça e da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania para definição das diretrizes do Programa de Formação em Direitos Humanos, no âmbito do Poder Judiciário, que prevê a oferta de cursos, em módulos presenciais e a distância, com especialistas de excelência reconhecida, inclusive internacionalmente. A última etapa do programa contemplará o acompanhamento presencial de sessões da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹¹⁸.

589. No âmbito do Ministério Público da União, cita-se, exemplificativamente, nove editais da Escola Superior do Ministério Público da União abrindo inscrições e processos seletivos para cursos na área de Direitos Humanos (Anexo 12 - Editais da ESMPU de 2009 a 2016).

¹¹⁸http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=295751

V.9. Da desnecessidade de condenação para adoção de medidas de combate à impunidade nos crimes de tortura: o marco normativo e as políticas públicas de prevenção e combate à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes no Brasil

590. As vítimas formulam pedido para que sejam determinadas medidas de combate à impunidade nos crimes de tortura. Tal como reconhecem as vítimas, “com a democratização foram criados instrumentos legais e políticas públicas de combate à prática de tortura. Como por exemplo, a tipificação legal do crime de tortura” (fl. 129 do EPAP). De fato, é inquestionável que do ano de 1975 até o momento atual houve significativa evolução das medidas de prevenção e de combate à tortura implementadas no âmbito interno.

591. Ainda assim, apontam as vítimas que “o crime que vitimou Vladimir Herzog segue impune até hoje, da mesma forma que os crimes de tortura da atualidade enfrentam obstáculos para denúncia e produção de prova para persecução de justiça”, fato que justificaria a determinação de medidas por essa Honorável Corte “para redução da impunidade nos crimes de tortura”. A respeito desse pedido, o Estado observa, em primeiro lugar, que os crimes de tortura da atualidade, de um modo geral, não estão dentro do escopo da lide. Em segundo lugar, o Estado registra que não houve a especificação e demonstração de dados concretos a respeito dos alegados obstáculos. Em terceiro lugar, o Estado relembra que, no caso em exame, os fatos antecederam a tipificação do crime de tortura e que é a garantia da estrita legalidade em matéria penal e a da irretroatividade de lei penal mais gravosa que impedem a persecução penal em questão. Isso significa que a correlação feita entre os fatos objeto deste processo e “os crimes de tortura da atualidade” não é acurada, pois a irretroatividade da lei que tipificou o crime de tortura não se confunde com os alegados “obstáculos para denúncia e produção de prova para persecução de justiça” dos “crimes de tortura da atualidade”. Disso resulta que o pedido formulado foge ao escopo do presente caso, motivo pelo qual não deve ser acolhido.

592. A despeito do acima exposto, o Estado passa a demonstrar que, além de impertinentes, os pedidos formulados na Seção XI.C.1.a.(3) são desnecessários, em vista do marco normativo e das políticas públicas de prevenção e combate à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes no Brasil.

V.9.1. Estrutura legal

593. O Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura da Organização dos Estados Americanos por meio do Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989, e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes das Nações Unidas por meio do Decreto nº 40/1991, de 15 de fevereiro de 1991. A Convenção Contra Tortura das Nações Unidas embasa conceitual e diretivamente a execução de políticas públicas, bem como a edição de normas e peças legislativas regulatórias que se referem à garantia de direitos humanos e, em específico, à prevenção e combate à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes. Um destes exemplos é a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que institui o crime de tortura no Brasil e dá outras providências.

594. A partir do entendimento que as pessoas privadas de liberdade estão mais vulneráveis à tortura, a Organização das Nações Unidas aprovou o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes em 2002. O objetivo do Protocolo Facultativo é estabelecer um sistema de visitas regulares aos lugares sob a jurisdição e controle do estado onde pessoas são, ou podem ser, privadas de sua liberdade, quer por força de ordem dada por autoridade pública, quer sob seu incitamento ou com sua permissão ou concordância. Nesse sentido, o Protocolo cria o Subcomitê de Prevenção à Tortura (SPT) e obriga os Estados Partes a replicarem essa estrutura no âmbito doméstico. O Brasil ratificou o Protocolo Facultativo por meio do Decreto nº 6.085/2007, de 19 de abril de 2007.

595. No arcabouço doméstico, destacam-se a proibição da tortura na Constituição Federal e duas leis ordinárias fundamentais para a erradicação da tortura no país. Após a Carta Magna de 1988, foi necessária regra infraconstitucional para adequação às disposições constitucionais no que se refere à tortura. Em 1997, o crime de tortura foi devidamente tipificado por meio da Lei 9.455. A lei elenca todas as modalidades inflacionais do crime de tortura, com suas respectivas penas, além de prever suas formas qualificadas, aumentos de pena, liberdade provisória, regime de cumprimento de pena e territorialidade, bem como a previsão do princípio da aplicação da lei penal brasileira à

vítima brasileira e o princípio da jurisdição universal mitigada, quando da entrada do agente em território nacional¹¹⁹.

596. Com o advento da Lei 12.847/2013, regulamentada pelo Decreto 8.154/2013, o Brasil instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (SNPCT), que cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT) e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), assegurando a independência e a autonomia dos seus peritos, nos termos do Protocolo Facultativo à Convenção da ONU contra a Tortura. Além do Comitê e do Mecanismo, o SNPCT é composto pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCT)¹²⁰. A criação do SNPCT permite articulação de ações conjuntas, adoção de instrumentos para o intercâmbio de informações, difusão de boas práticas e experiências exitosas referentes à temática, a articulação de projetos e planos entre os órgãos que integram o SNPCT, entre outras ações. Uma vez que a proposta do SNPCT é institucionalizar rede de atores que atuam no combate à tortura, comitês e mecanismos de prevenção e combate à tortura das unidades federativas podem compor o SNPCT por meio do termo de adesão (Portaria SDH/PR nº 324/2015)¹²¹. Outras instituições também poderão solicitar a inclusão no Sistema, como ONGs, órgãos do Poder Judiciário, Conselhos Tutelares e corregedoria e ouvidorias de polícia por meio de instrumento de adesão ao SNPCT.

597. O Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT) é a instância de participação social da política de prevenção e combate à tortura. O CNPCT é formado por 11 membros do Governo Federal e 12 membros da sociedade civil¹²², cujas atribuições constam do Art. 6º da Lei 12.847/2013. O Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), por sua vez, tem a competência de fazer inspeções a locais de privação de liberdade, sem aviso prévio e com acesso a todas suas

¹¹⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm. Último acesso em: 8 de setembro de 2016.

¹²⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Secretaria Especial de Direitos Humanos. *Prevenção e combate à tortura*. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/prevencao-e-combate-a-tortura/sistema-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura>. Acesso em 16 de agosto de 2016.

¹²¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Secretaria Especial de Direitos Humanos. *Prevenção e combate à tortura*. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/prevencao-e-combate-a-tortura/sistema-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura>. Acesso em 16 de agosto de 2016.

¹²² A atual composição está no site do CNPCT: <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/comite-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura/representantes/composicao>. É importante destacar que na confecção deste relatório, a SEDH publicou o Edital de Chamamento Público 1/2016 para a nova composição do CNPCT para o biênio 2016-2018.

dependências, com a finalidade de analisar protocolos e procedimentos desses locais que levem a prática da tortura. O Mecanismo é composto por 11 peritos, escolhidos pelo Comitê Nacional em 2014 e empossados em 2015. A Lei assegura aos peritos do Mecanismo sua independência e autonomia, bem como o acesso às instalações e equipamentos dos locais de privação de liberdade, às informações relacionadas às detenções e aos respectivos registros, com possibilidade de realização de entrevistas e utilização de recursos audiovisuais, desde que respeitada a intimidade das pessoas envolvidas. A partir das visitas, o Mecanismo Nacional produz relatório e emite recomendações às autoridades competentes. Desde sua institucionalização, o MNPCT realizou visitas a oito Estados federados (Santa Catarina, São Paulo, Rio Grande do Sul, Maranhão, Ceará, Amapá, PA e PE) e ao Distrito Federal, inspecionando aproximadamente 40 unidades de privação de liberdade¹²³.

598. Adicionalmente, é importante sublinhar a estrutura criada no âmbito da Secretaria Especial de Direitos Humanos para desenvolver e executar a política pública de prevenção e combate à tortura. Na Portaria SEDH 22/2005, definem-se as competências da Coordenação Geral de Combate à Tortura:

- a) Coordenar o desenvolvimento de ações articuladas para prevenir e combater a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, bem como para monitorar a apuração de denúncias;
- b) Incentivar a organização de instrumentos locais de controle social, acolhimento de denúncias e acompanhamento da apuração de casos de tortura;
- c) Coordenar a construção e a implementação de plano operativo de prevenção e combate à tortura e a outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes;
- d) Mobilizar instituições públicas e privadas, autoridades governamentais e sociedade civil para organizar uma rede nacional de combate à tortura;
- e) Coordenar o processo de informações sobre a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes a serem divulgadas, bem como sobre os mecanismos de denúncia e apuração e dos instrumentos legais nacionais e internacionais sobre o tema;

¹²³ BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania, Secretaria Especial de Direitos Humanos. *Prevenção e combate à tortura*. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/prevencao-e-combate-a-tortura/sistema-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura>. Acesso em 16 de agosto de 2016.

- f) Articular-se com academias de polícia, escolas de magistratura e do Ministério Público, instituições de ensino superior e órgãos da mídia para incentivar a discussão da problemática da tortura no Brasil e a identificação de formas adequadas de tratamento do tema;
- g) Apoiar a capacitação dos operadores dos sistemas de segurança pública e justiça, bem como de representantes do movimento social para recepção, identificação e encaminhamento de denúncias de casos de tortura.

V.9.2. Primeiras ações de prevenção e combate à tortura

V.9.2.a. Visita ao Brasil e Relatório do Relator das Nações Unidas sobre Tortura

599. O Relator das Nações Unidas sobre Tortura, Nigel Rodley, visitou o Brasil com o objetivo de realizar uma missão de identificação da prática da tortura no país. O Relator esteve no Brasil de 20 de agosto a 12 de setembro de 2000 e visitou Distrito Federal, bem como os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pernambuco e Pará.

600. Em seu Relatório, publicado em 2001, Nigel Rodley formulou contundentes conclusões sobre a tortura no país, ressaltando que a prática não havia se encerrado com a redemocratização. Entre suas recomendações, ele sugeriu que as altas autoridades do país emitissem declarações públicas sobre a proibição da tortura; recomendou a implementação de registros das pessoas presas, juntamente com a garantia de notificação da prisão à família da pessoa presa; ressaltou a impossibilidade do Poder Judiciário considerar provas e confissões obtidas por meio de tortura; recomendou ao Ministério Público a utilização da Lei 9.455/1997; recomendou a expansão das defensorias públicas; sugeriu capacitações para os agentes que atuam no sistema justiça, segurança pública e sistema penitenciário; pontuou a necessidade de fortalecer os instrumentos de monitoramento das condições de presos e presídios; reforçou a necessidade de fortalecer a perícia em casos de tortura e também os mecanismos de proteção às vítimas e testemunhas.

V.9.2.b. Campanha Nacional Permanente de Combate à Tortura e à Impunidade

601. Em virtude da repercussão nacional das conclusões e recomendações emitidas pelo Relator da ONU sobre Tortura, Nigel Rodley, no ano de 2001, foi realizada a Campanha Nacional Permanente de Combate à Tortura e à Impunidade. Criada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH), em 1998, em seu encontro nacional e em articulação com o governo federal e demais atores da sociedade civil e dos governos estaduais, a campanha visava a implementar medidas capazes de imprimir eficácia à Lei contra a Tortura dentro do Sistema de Justiça Pública por meio do recolhimento de denúncias e seu encaminhamento para apuração. Ela foi aprovada pelo Ministério da Justiça em julho de 2001 e teve seu início efetivo em outubro do mesmo ano.

602. Fundamentalmente, a campanha consistiu em ações divididas em quatro eixos principais: *i)* Disque Denúncia e Banco de Dados; *ii)* Formação para Campanha; *iii)* Mobilização, articulação e coordenação; *iv)* Monitoramento.

603. O eixo *Disque Denúncia e Banco de Dados* teve por finalidade específica organizar uma Central Nacional encarregada de receber e tratar casos de tortura e de tratamento cruel, desumano e degradante e repassá-los às Centrais Estaduais que, por sua vez, fizeram o seu encaminhamento às autoridades competentes e a articulação de esforços para, quando necessário, garantir o apoio e a proteção às vítimas, testemunhas e suas famílias e para o monitoramento dos casos encaminhados. A Central Nacional sediou um banco de dados com as informações constantes nos casos e seus desdobramentos, divulgação periódica de estatísticas, e fornecimento de subsídios para o monitoramento.

604. O eixo da formação para implementação da campanha, por sua vez, teve a finalidade de capacitar tecnicamente os envolvidos para o desenvolvimento das ações da campanha, além de prover condições para a sistematização dos temas e conteúdos construídos. Foram priorizados os atendentes, supervisores e corpo técnico, componentes dos comitês e a dirigentes de organizações da sociedade civil defensoras dos direitos humanos e operadores do sistema de justiça brasileiro (advogados, juízes, defensores, e promotores).

605. O terceiro eixo, relativo à mobilização, articulação e coordenação da campanha visava a ações para articular formadores de opinião e mobilizadores sociais,

no intuito de garantir que se criasse uma mentalidade social crescente em torno do assunto, por meio de distribuição de materiais de divulgação, realização de seminários ou encontros estaduais e regionais, entre outros recursos.

606. O quarto eixo, relativo ao monitoramento, aborda o trabalho da Central Nacional no tratamento estatístico dos casos e sua publicação, subsidiando os Comitês, além da promoção de seminários com o intuito de aprimorar as medidas necessárias ao enfrentamento do problema. Os Comitês Estaduais realizam visitas *in loco*, reuniões e outras atividades necessárias ao acompanhamento da situação, em vista de garantir tanto a prevenção quanto a punição de eventuais casos nos quais se comprove a culpa. As Centrais Estaduais fazem o acompanhamento, registro e informe à Central Nacional de todos os casos.

607. Foram registradas pelo Disque Denúncia (também denominado de SOS Tortura), entre 30 de outubro de 2001 à 06 de junho de 2002, o total de 19.201(dezenove mil, duzentos e uma) ligações que se converteram em 1302 (mil trezentos e duas) alegações de tortura (1.094, 84%) e tratamentos desumanos e degradantes (207, 16%). A maior parte das ocorrências se referiu a tortura praticada em instituições públicas (71%) e a agressão foi geralmente promovida por agentes de segurança pública (29,44% dos agentes agressores que aparecem nas alegações pertencem à corporação da Polícia Civil e 28,94% pertencem aos quadros da Polícia Militar).

V.9.2.c. Plano de Ações Integradas para a Prevenção e o Combate à Tortura no Brasil

608. O Plano de Ações Integradas de Prevenção e Combate à Tortura (PAIPCT), lançado em 2006 e revisto em 2010, é um dos principais documentos de referência para o trabalho da Coordenação Geral de Combate à Tortura da Secretaria Especial de Direitos Humanos (CGCT/SEDH). O PAIPCT registra um conjunto de ações que visam ao combate e à prevenção da tortura, e foi construído a partir da contribuição de especialistas de diferentes áreas, proposto com o objetivo de avançar rumo a uma agenda de ações integradas entre os Poderes da República e entes federativos para avançar nas ações de prevenção e combate à tortura.

609. No Plano, apresentam-se as principais dificuldades para efetivar ações sobre o tema, como a resistência dos agentes públicos a denunciar e investigar casos praticados por colegas de profissão, o medo das vítimas e de seus familiares de denunciar a tortura, e a percepção – ainda que equivocada – de parte dos agentes públicos e da população de que a prática de tortura produz benefícios imediatos.

610. Os dados identificados pelos estudos realizados no Brasil, e explícitos no PAIPCT, apontam que a tortura é um crime de oportunidade. Assim, as recomendações e as ações propostas no PAIPCT foram destinadas a dificultar a prática da tortura, aumentar a chance de punição, e de maneira geral, eliminar a cultura da prática da tortura. Considerando essas questões, propõem-se ações como: declarar a proibição contra a tortura pelos altos escalões; desenvolver módulo sobre direitos humanos e tortura para ser aplicado em escolas de formação de policiais e de agentes penitenciários; e vincular o financiamento federal de estabelecimentos policiais e penais à existência de estrutura e programas para garantir o respeito aos direitos das pessoas privadas de liberdade.

611. Especificamente em relação à responsabilização dos agressores, propõem-se a criação de corregedorias específicas do Sistema Policial e do Sistema Penitenciário e a capacitação dos profissionais da saúde que atuam no sistema prisional para o registro e encaminhamento legal dos casos de tortura, entre outras ações. Para a vítima, foram propostas ações para tornar mais ágil a realização do exame de corpo de delito na entrada e saída da pessoa privada de liberdade, ampliar e aperfeiçoar os serviços de acolhimento, assistência e proteção a vítimas, testemunhas e familiares de vítimas e testemunhas de violência institucional, bem como adotar medidas visando à reparação dos danos causados às vítimas de abuso de poder e uso excessivo da força por agentes públicos.

612. Além disso, mediante o quadro sobre a prática de tortura no Brasil, o PAICT apresentou recomendações, entre as quais destacam-se:

- a) Reduzir a superlotação nos locais de privação de liberdade, e por meio de geração de vagas, aumento da aplicação de penas e medidas socioeducativas alternativas.
- b) Garantir o número adequado de agentes penitenciários e estimular o emprego de tecnologias como câmeras e monitoramento eletrônico em geral.

- c) Criar, nos estados em que não existem, Escolas de Administração Penitenciária e Escolas de Polícia que desenvolvam processos de seleção, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal de acordo com os princípios da administração pública orientada para a prestação de um serviço de qualidade e com respeito aos direitos do cidadão.
- d) Desenvolver, em conjunto com parceiros da área de segurança pública procedimentos regulamentares para o tratamento de presos e apuração de denúncias de tortura.
- e) Estimular os órgãos policiais a adotarem medidas para que a tomada de declaração ou confissão de um preso seja feita somente com a presença de um defensor.
- f) Evitar que as pessoas legitimamente presas em flagrante delito sejam mantidas em delegacias de polícia além das 24 horas necessárias para obtenção de um mandado judicial de prisão provisória, evitando também que qualquer prisão seja cumprida em delegacia, mesmo que seja ela uma prisão provisória. Cessar a prisão de qualquer suspeito sem ordem judicial ou flagrante delito.
- g) Estimular que os agentes públicos informem às pessoas presas acerca de seus direitos, principalmente o de se consultar com um profissional habilitado para acompanhá-lo e assisti-lo juridicamente.
- h) Adotar registro de custódia separado para cada pessoa presa, indicando a hora e as razões da prisão, a identidade dos policiais que efetuaram a prisão, assim como a hora e as razões de quaisquer transferências subsequentes.
- i) Promover estudos sobre a adoção de uma legislação que acabe com a jurisdição militar no caso de crimes praticados contra civis.
- j) Estimular a gravação em vídeo dos interrogatórios com a devida identificação dos presentes.
- k) Promover debates acerca dos limites para federalização dos crimes contra direitos humanos.
- l) Estimular junto aos serviços privados de segurança a realização de cursos e treinamento que disseminem informações sobre a proteção e promoção dos direitos do cidadão e a prevenção do abuso de poder e o uso excessivo da força.

V.9.2.d. Programa Nacional de Direitos Humanos

613. Ressalta-se que algumas ações do Plano de Ações Integradas de Prevenção e Combate à Tortura foram registradas no III Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), lançado pelo Decreto 7.037, de 21 de dezembro de 2009, e atualizado pelo

Decreto 7.177, de 12 de maio de 2010. As ações de prevenção e combate à tortura constam do Objetivo Estratégico III (Consolidação de política nacional visando à erradicação da tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes), da Diretriz 14 (Combate à violência institucional, com ênfase na erradicação da tortura e na redução da letalidade policial e carcerária), do Eixo IV (Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência). Destacam-se as seguintes ações programáticas constantes do PNDH-3:

a) Elaborar projeto de lei visando a instituir o Mecanismo Preventivo Nacional, sistema de inspeção aos locais de detenção para o monitoramento regular e periódico dos centros de privação de liberdade, nos termos do Protocolo Facultativo à Convenção da ONU contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Responsáveis: Ministério da Justiça; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Ministério das Relações Exteriores;

b) Instituir grupo de trabalho para discutir e propor atualização e aperfeiçoamento da Lei no 9.455/1997, que define os crimes de tortura, de forma a atualizar os tipos penais, instituir sistema nacional de combate à tortura, estipular marco legal para a definição de regras unificadas de exame médico-legal, bem como estipular ações preventivas obrigatórias como formação específica das forças policiais e capacitação de agentes para a identificação da tortura.

Responsável: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

c) Promover o fortalecimento, a criação e a reativação dos comitês estaduais de combate à tortura.

Responsável: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

d) Propor projeto de lei para tornar obrigatória a filmagem dos interrogatórios ou audiografações realizadas durante as investigações policiais.

Responsáveis: Ministério da Justiça; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

e) Estabelecer protocolo para a padronização de procedimentos a serem realizados nas perícias destinadas a averiguar alegações de tortura.

Responsáveis: Ministério da Justiça; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

f) Elaborar matriz curricular e capacitar os operadores do sistema de segurança pública e justiça criminal para o combate à tortura.

Responsáveis: Ministério da Justiça; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

g) Capacitar e apoiar a qualificação dos agentes da perícia oficial, bem como de agentes públicos de saúde, para a identificação de tortura.

Responsáveis: Ministério da Justiça; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

h) Incluir na formação de agentes penitenciários federais curso com conteúdos relativos ao combate à tortura e sobre a importância dos Direitos Humanos.

Responsáveis: Ministério da Justiça; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

i) Realizar campanhas de prevenção e combate à tortura nos meios de comunicação para a população em geral, além de campanhas específicas voltadas às forças de segurança pública, bem como divulgar os parâmetros internacionais de combate às práticas de tortura.

Responsável: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

j) Estabelecer procedimento para a produção de relatórios anuais, contendo informações sobre o número de casos de torturas e de tratamentos desumanos ou degradantes levados às autoridades, número de perpetradores e de sentenças judiciais.

Responsável: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

614. Cabe registrar que há outras ações do III Programa Nacional de Direitos Humanos que também impactam as ações de prevenção e combate à tortura, mas que não estão apontadas diretamente no eixo relativo à Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência.

V.9.3. Implementação da Lei 12.847/2013

615. O projeto para criação do Mecanismo de Prevenção Nacional no Brasil foi elaborado em conjunto por representantes do Governo Federal e da sociedade civil por meio do Comitê Nacional para o Controle e Combate à Tortura. A Secretaria Especial de Direitos Humanos realizou, em conjunto com a Associação para a Prevenção da Tortura, seminário para debater os princípios gerais dos mecanismos de prevenção nacionais, em 2007; bem como participou, no mesmo ano, do Primeiro Seminário Regional do Mercosul sobre a Implementação do Protocolo Facultativo da Convenção

da Tortura, em Assunção, Paraguai. A Secretaria Especial de Direitos Humanos também esteve representada no seminário internacional “O Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e os Estados Federados: mudanças e soluções possíveis”, em Buenos Aires, Argentina, em 2008.

616. Ressalte-se que no ordenamento jurídico brasileiro há instituições com prerrogativas legais de exercerem a função de fiscalização e monitoramento de locais de privação de liberdade, porém não há organização específica para a prevenção à tortura. Nesse sentido, optou-se por criar um novo órgão, conforme o disposto no referido instrumento internacional.

617. Dessa forma, a Presidência da República encaminhou o Projeto de Lei n.º 2.442/11 para o Congresso Nacional tratando da criação do Sistema Nacional de Prevenção e de Combate à Tortura (SNPCT), do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT) e do Mecanismo Nacional de Prevenção e de Combate à Tortura (MNPCT). Após a aprovação pelo Congresso Nacional, a Presidência da República sancionou a Lei n.º 12.847 em 2 de agosto de 2013 e assinou o Decreto n.º 8.154 em 16 de dezembro de 2013, que a regulamenta.

618. A Lei em epígrafe impõe importante avanço na construção de uma política pública de Estado, visando ao enfrentamento de graves violações de direitos humanos que se constituem como práticas no âmbito da ação das instituições de privação de liberdade, revelando-se prática sistêmica conforme relatos internacionais e, também de relatórios produzidos por organizações da sociedade civil que monitoram a implementação dos direitos humanos no Brasil.

619. Com a criação do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, o Estado brasileiro consolida a formalização de uma rede de atores em nível nacional e local que favorece a articulação de ações para prevenção e combate à tortura. A partir da rede, facilita-se o intercâmbio de boas práticas, organização de medidas para implementação de recomendações feitas no âmbito do Mecanismo Nacional, negociação de soluções para questões de privação de liberdade levadas para organismos internacionais, dentre outras ações.

620. Destaca-se a realização da I Reunião do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura em 27 de agosto de 2015, em que estiveram presentes integrantes

dos órgãos e instituições componentes do SNPCT. Na reunião, foi assinada a Portaria que aprova o Termo de Adesão dos Comitês e dos Mecanismos Estaduais e Distrital de Prevenção e Combate à Tortura ao Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e foi lançado o livro “Monitoramento de locais de detenção: um guia prático”¹²⁴.

621. O livro aponta que a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes no Brasil ocorrem principalmente em locais de privação de liberdade, tais como presídios, institutos do sistema socioeducativo, hospitais psiquiátricos, instituições de longa permanência de idosos, entre outros, com a finalidade de obter informações e confissões ou como castigo. Para lidar com essa realidade, o Estado brasileiro e sociedade se uniram para realizar a Campanha Nacional Permanente Contra Tortura em 2001 e prepararam o Plano de Ações Integradas de Prevenção e Combate à Tortura em 2006. Ao longo dos anos, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) organizou capacitações, pesquisas, seminários, campanhas e outras atividades que também contribuíram para o combate à tortura no país.

622. Até então, as iniciativas priorizavam em grande medida as ações de combate à tortura, quando a violação já havia ocorrido. A grande mudança ocorre com a assinatura e ratificação do Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes das Nações Unidas (OPCAT), por meio do Decreto nº 8.065/2007. Ao aderir ao OPCAT, o Brasil se comprometeu a criar mecanismo preventivo nacional, que teria a prerrogativa de realizar visitas a locais de privação de liberdade, sem aviso prévio e com a finalidade de identificar práticas e rotinas desses locais que favoreçam a prática de tortura. Cumprindo este compromisso, a Lei nº 12.847/2013 criou o SNPCT, o CNPCT e o MNCPT. Esse arranjo formaliza a articulação de ações integradas para a erradicação da tortura, fundamental para a atuação do governo e da sociedade civil na temática, bem como implementa o OPCAT ao criar o MNPCT.

623. O trabalho de monitoramento de locais de privação é essencial na perspectiva da prevenção. Ao identificar procedimentos que podem levar à prática da tortura, os membros de mecanismos nacionais contribuem para uma mudança de cultura

¹²⁴

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/ccb9c0cd4889521b472cb4811fa367bb.pdf>. Último acesso em 08 de setembro de 2016.

em que a violação do corpo e da mente não se constitui como uma forma de controle e dominação. Nesse contexto, a SDH/PR uniu-se a Associação para Prevenção da Tortura para lançar a segunda edição do “Monitoramento de Locais de Detenção: um guia prático”. O livro é referência para mecanismos preventivos nacionais e organizações da sociedade civil em relação à metodologia para realização de inspeções. Por meio de uma linguagem simples, o leitor tem acesso aos padrões internacionais da matéria, bem como a uma proposta de trabalho estruturada e que privilegia a segurança da pessoa privada de liberdade.

624. Adicionalmente, a SDH/PR preparou a publicação “Questões fundamentais para prevenção à tortura no Brasil”¹²⁵ que complementa o livro da APT com a legislação brasileira sobre a matéria e inclui uma análise aprofundada da Lei nº 12.847/2013. Dessa forma, membros de mecanismos de prevenção e combate à tortura e demais interessados na temática têm instrumentos para organizar uma visita seguindo uma metodologia rigorosa, preparar relatórios e recomendações, bem como têm as principais referências para realizar o seguimento das visitas e acompanhar a implementação das recomendações.

625. Com o advento da Lei nº 12.847/2013, o Brasil entra em uma nova fase na política de prevenção e combate à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Governo e sociedade civil se mantêm unidos, e agora dispõem de estruturas institucionalizadas para combater a tortura, garantindo a dignidade humana e gozo da cidadania para os brasileiros e as brasileiras.

V.9.3.a. Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura

626. O Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT) é um órgão colegiado composto por representantes do Poder Executivo Federal e da sociedade civil e tem como finalidade prevenir e combater a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Foi instalado em julho de 2014 e priorizou, no seu primeiro semestre de funcionamento, a aprovação do Regimento Interno e do edital de seleção para compor o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à

¹²⁵

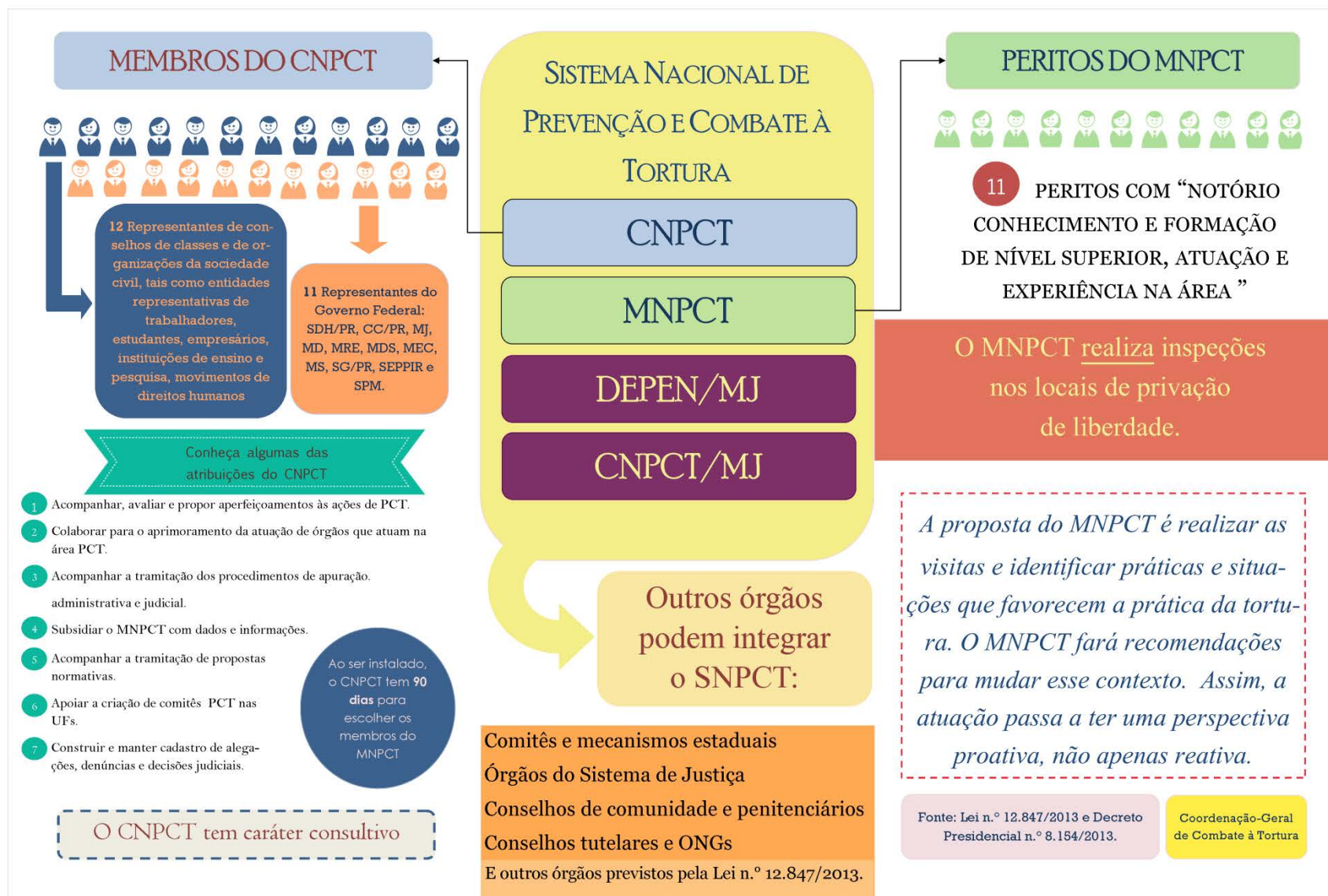
Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/598be0717d1b5ed2c7e69bbcf1bf51bd.pdf>. Último acesso em: 08 de setembro de 2016.

Tortura (MNPCT). Além de colaborar com o MNPCT, o Comitê recebe os relatórios do Mecanismo, participa de reuniões com os atores locais durante as visitas e atua para a implementação das recomendações.

627. No que tange à avaliação e proposição de aperfeiçoamento de ações, programas, planos e projetos relativos à temática de prevenção e combate à tortura, o CNPCT trabalhou em recomendações sobre as Audiências de Custódia¹²⁶, sobre a importância de respeito aos parâmetros estabelecidos pelo Protocolo de Istambul e Protocolo Brasileiro de Perícia Forense nas apurações de crime de tortura; sobre a privatização do sistema carcerário, sobre o papel fiscalizatório da Defensoria Pública e demais órgãos de defesa dos direitos dos adolescentes em unidades de internação socioeducativa.

¹²⁶ Além das medidas de alternativas penais à prisão e a monitoração eletrônica, importante medida adotada pelo Estado brasileiro para combater a cultura do encarceramento é a implementação do “Programa Audiências de Custódia”, iniciativa do Ministério da Justiça e Cidadania, por meio do Depen, em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O programa prevê apresentação de todo preso em flagrante a um juiz no menor prazo possível para que o magistrado decida se a pessoa aguardará julgamento preso ou em liberdade. A decisão leva em consideração o depoimento do preso, o auto de flagrante e as manifestações do Ministério Público e da Defensoria Pública (ou do advogado particular). Todos os estados brasileiros já aderiram ao programa. O programa prevê apoio técnico e financeiro aos estados para a implantação de Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e câmaras de mediação penal. As audiências de custódia também fazem parte de um projeto maior do CNJ, denominado “Cidadania nos presídios” que tem por finalidade discutir nova dinâmica e metodologia para o sistema de execução e fiscalização das penas, revendo o funcionamento das varas de execução penal e a superocupação dos presídios, com o reforço da interlocução e interação de todos aqueles que intervêm no processo e nas rotinas da execução penal, tornando o sistema de justiça mais humano, e aproximando o juiz e a sociedade do jurisdicionado¹²⁶. A implantação do projeto audiências de custódia no país está em conformidade com a recente atualização pela ONU das Regras Mínimas de Tratamento de Presos (Regras de Mandela).

Quadro resumo – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.



V.9.3.b. Comitês estaduais de prevenção e combate à tortura

628. Entre as atribuições e ações previstas no Plano de Ações Integradas de Prevenção e Combate à Tortura, bem como nas diretrizes de execução da política de prevenção e combate à tortura na estrutura do Governo Federal, consta a articulação empreendida entre a Secretaria Especial de Direitos Humanos e os governos estaduais para que sejam criadas, no âmbito dos governos estaduais, as instâncias de participação social – os comitês.

629. Para que se otimizem as ações federais e para que exista coesão entre as diferentes esferas de governança, é crucial o engajamento das esferas estaduais, uma vez que os órgãos de segurança pública e administração penitenciária são de responsabilidade dos governos estaduais e que, além disso, a sociedade civil e o sistema de justiça dispõem de rede capilarizada de ação, capaz de indicar e monitorar a ação dos governos nos espaços de privação de liberdade, de maneira mais detida e local. Sendo assim, o governo federal tem um papel indutor de políticas públicas para prevenção e combate à tortura.

630. Atualmente existem, no país, 17 comitês estaduais criados por instrumento legal (leis, decretos, portarias) e 2 comitês criados informalmente pela sociedade civil, mas que contam com a participação de representantes do Estado. São eles:

- a) Acre: Comitê Acreano de Prevenção e Enfrentamento à Tortura (Decreto Estadual 451/2009);
- b) Rondônia: Comitê Estadual para a Prevenção e Combate a Tortura no Estado de Rondônia (Lei 3.262/2013);
- c) Pará: Campanha Permanente de Prevenção e Combate à Tortura no Brasil (Resolução 159/2010 da Secretaria de Segurança Pública);
- d) Maranhão: Comitê Estadual de Combate à Tortura (Lei 10.334/2015);
- e) Piauí: Comitê Estadual de Prevenção e Combate à Tortura (Decreto Estadual 14.233/2010);
- f) Ceará: Comitê Estadual de Combate à Tortura (Decreto 30.573/2011);
- g) Rio Grande do Norte: Comitê Estadual de Combate e Prevenção à Tortura (Decreto Estadual 21.639/2010);
- h) Paraíba: Comitê Estadual para a Prevenção e Combate à Tortura (Lei 9.413/2011);

- i) Pernambuco: Comitê Estadual de Combate à Tortura e Prevenção à Tortura (Lei 14.863/2012);
- j) Alagoas: Comitê Estadual de Prevenção e Combate à Tortura em Alagoas (Lei 7.141/2009);
- k) Sergipe: Comitê Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Estado de Sergipe (Lei 8.135/2016) – não foi instalado;
- l) Bahia: Comitê Estadual para Prevenção e Enfrentamento à Tortura (Decreto Estadual 10.652/2007);
- m) Goiás: Comitê Estadual de Prevenção e Combate à Tortura (Decreto Estadual 7.576/2012);
- n) Minas Gerais: Comitê Estadual para a Prevenção da Tortura (Lei 21.164/2014) – não foi instalado;
- o) Rio de Janeiro: Comitê Estadual para a Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro (Lei 5.778/2010);
- p) Espírito Santo: Comitê Estadual para Prevenção e Erradicação da Tortura no Espírito Santo (Lei 10.006/2013);
- q) Paraná: Comitê Gestor para PAIPCT (Decreto Estadual 6.331/2010);
- r) Santa Catarina e Rio Grande do Sul: criados pela sociedade civil e que contam com representações do Estado.

V.9.3.c. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura

631. O Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) tem como função precípua a prevenção e o combate à tortura a partir de visitas regulares a pessoas privadas de liberdade em todo o território brasileiro, as quais são previstas em planejamento anual; de relatórios circunstanciados sobre o observado durante as visitas; de recomendações propostas aos órgãos competentes; e de notas técnicas sobre assuntos relativos à prevenção e combate à tortura. O órgão é composto por 11 peritos e peritas com mandatos fixos previstos em lei, assegurando-lhes a legislação que sejam autônomos, bem como tenham independência de posições e opiniões no exercício de suas funções.

632. O Mecanismo Nacional publicou, em abril de 2016, seu primeiro relatório anual, que está disponível no sítio eletrônico da Secretaria Especial de Direitos

Humanos¹²⁷. O relatório apresenta o conjunto de visitas realizadas, compilando as informações, análises e recomendações formuladas. Nesse sentido, o Relatório Anual cumpre a função legal de prestação de contas dos trabalhos realizados e, também, visa a fornecer subsídios para o debate nacional sobre a prevenção à tortura no Brasil. O documento é um esforço institucional de sistematização das informações e dos debates realizados pelo MNPCT entre abril de 2015 e março de 2016. Assim, diz respeito ao observado pelos membros do MNPCT em visitas realizadas neste período a 30 locais de privação de liberdade, em sete unidades da federação.

V.9.3.d. Mecanismos estaduais de prevenção e combate à tortura

633. Semelhante aos comitês estaduais, o Governo Federal empreende esforço para fomentar a implementação de mecanismos nas unidades federativas. Atualmente, existem 8 mecanismos criados por lei, porém somente os mecanismos dos Estados do Rio de Janeiro e de Pernambuco estão em funcionamento. São eles:

- a) Rondônia: Mecanismo Estadual para a Prevenção e Combate a Tortura no Estado de Rondônia (Lei 3.262/2013).
- b) Maranhão: Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura (Lei 10.334/2015).
- c) Paraíba: Mecanismo Estadual para a Prevenção e Combate à Tortura (Lei 9.413/2011). O Mecanismo não foi instalado.
- d) Pernambuco: Mecanismo Estadual de Combate à Tortura e Prevenção à Tortura (Lei 14.863/2012).
- e) Alagoas: Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura em Alagoas (Lei 7.141/2009). O Mecanismo não foi implementado.
- f) Sergipe: Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Estado de Sergipe (Lei 8.135/2016). O Mecanismo não foi implementado.
- g) Rio de Janeiro: Mecanismo Estadual para a Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro (Lei 5.778/2010).
- h) Espírito Santo: Mecanismo Estadual para Prevenção e Erradicação da Tortura no Espírito Santo (Lei 10.006/2013). O Mecanismo não foi implementado.

V.9.3.e. Encontros Nacionais de Comitês e Mecanismos Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura

¹²⁷ Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/sistema-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-snpct/mecanismo/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-relatorio-anual-2015-2016/view>. Último acesso em 08 de setembro de 2016.

634. No sentido de promover o intercâmbio de informações e boas práticas, pactuar conjuntamente objetivos prioritários, promover iniciativas e apoiar a realização de capacitações na prevenção e combate à tortura, a Coordenação Geral de Combate à Tortura da Secretaria Especial de Direitos Humanos promoveu o “I Encontro Nacional de Comitês e Mecanismos Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura” entre os dias 9 e 10 de maio de 2013. Nesse evento, os participantes discutiram orientações para (i) ações junto à comunidade, (ii) transparência e controle social por parte dos atores da política de prevenção e combate à tortura, (iii) acionamento dos mecanismos de proteção às pessoas (vítimas, denunciante, testemunhas, profissionais, etc.) pelos comitês, e (iv) inspeção a locais de privação de liberdade.

635. O II Encontro Nacional de Comitês e Mecanismos Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura ocorreu nos dias 24 e 25 de setembro de 2015, por iniciativa da Secretaria Especial de Direitos Humanos e pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. O objetivo do evento abarcou: (i) apresentar as três estruturas federais para prevenção e combate à tortura no país – CGCT, CNPCT e MNPCT; (ii) pactuar entre comitês, mecanismos, CNPCT, MNPCT e SEDH agenda com ações prioritárias de prevenção e combate a tortura no Brasil; (iii) estimular a criação e implementação de comitês e mecanismos; (iv) promover intercâmbio de informações e boas práticas; e (v) apoiar a realização de capacitações na prevenção e combate à tortura.

636. O resumo das discussões e a agenda de trabalho pactuada no II Encontro estão disponíveis no sítio eletrônico da Secretaria Especial de Direitos Humanos ¹²⁸. Ressalta-se que a agenda propõe ações coordenadas entre Governo Federal, CNPCT, MNPCT, comitês estaduais, mecanismos estaduais e sociedade civil com vistas a fortalecer o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e os mecanismos de prevenção e combate à tortura, empoderar os comitês de prevenção e combate à tortura, e promover ações gerais de combate à tortura.

V.9.4. Ações para prevenção e combate à tortura

V.9.4.a. Perícia

¹²⁸ Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/comite-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura/representantes/reunioes>. Último acesso em 08 de setembro de 2016.

637. O Protocolo de Istambul estabelece uma série de orientações aos profissionais sobre a perícia em casos de tortura. Destacam-se as orientações para abordagem humanizada em relação à oitiva da vítima e para a confecção do laudo. No Brasil, este documento foi incorporado de forma simples e objetiva pelo “Protocolo Brasileiro – Perícia Forense no Crime de Tortura” (2003)¹²⁹, publicado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos. De forma resumida, esses documentos orientam os peritos oficiais a indicarem se as lesões encontradas são consistentes ou não com a narrativa de tortura, por exemplo.

638. Em 2007, a Secretaria Especial de Direitos Humanos, o *British Council*, a Embaixada Britânica e a organização *Medical Foundation* organizaram projeto para capacitar multiplicadores sobre perícia e tortura. Nos anos seguintes, a Coordenação Geral de Combate à Tortura organizou oficinas “Perícia Forense com foco nos crimes de tortura” nas cidades de Vitória – ES, São Luiz – MA, Natal – RN, Porto Velho – RO, Maceió – AL, Aracaju – SE, João Pessoa – PB; Recife – PE, Salvador – BA, Fortaleza – CE, Teresina – PI, Florianópolis – SC e Porto Alegre – RS.

639. A Secretaria Nacional de Segurança Pública publicou o documento “Procedimento Operacional Padrão – Perícia Criminal” (2013)¹³⁰, que busca contemplar diretrizes do Protocolo de Istambul e do Protocolo Brasileiro. Há indicações sobre o registro por meio de fotos ou gráficos, a impossibilidade de acompanhamento por escolta ou com algemas e orientação para estabelecer o nexos causal dos achados do exame e o delito em apuração.

640. No ano seguinte, a Coordenação Geral de Combate à Tortura organizou “Seminário de Perícia Independente em Direitos Humanos”, que teve por objetivo discutir e propor diretrizes e ações para a construção e estabelecimento de protocolos padronizados de perícia médico-legal, perícia criminalística e análises psicológicas visando à produção de prova para denúncias de tortura. Adicionalmente, propôs a discussão de propostas para subsidiar conteúdo para formação de profissionais e

¹²⁹ Disponível em: http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/protocolo_br_tortura.pdf. Último acesso em: 08 de setembro de 2016.

¹³⁰ Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/procedimento_operacional_padrao-pericia_criminal.pdf. Último acesso em 08 de setembro de 2016.

estabelecimento de instrumentos para a devida apuração de denúncias por meio de ouvidorias de polícia e do sistema penitenciário.

V.9.4.b. Capacitações e eventos

641. Ressalta-se a criação do Curso de Ensino à Distância sobre Prevenção e Enfretamento à Tortura na Plataforma de Ensino à Distância da Secretaria Nacional de Segurança Pública. O curso tem como objetivo conscientizar e capacitar os profissionais de segurança pública e do sistema prisional sobre a temática da prevenção e de combate à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes nas unidades de privação de liberdade (delegacias, quartéis, presídios e hospitais de custódia).

642. Com a sensibilização sobre a temática, espera-se que os profissionais de segurança pública e do sistema prisional assumam papel ativo na prevenção e no combate à tortura. O curso é importante também para difundir uma nova cultura institucional, de promoção e defesa dos direitos humanos na segurança pública e no sistema penitenciário.

643. Por fim, conforme detalhado anteriormente, é importante informar que a SEDH publicou dois livros no último ano sobre prevenção e combate à tortura: (i) “Monitoramento de Locais de Detenção: um guia prático” (2ª Edição), que apresenta metodologia para realizar inspeções em locais de detenção e apresenta a referência internacional dos parâmetros de direitos e tratamentos a pessoas privadas de liberdade; e (ii) “Questões fundamentais para prevenção da tortura no Brasil” que indica referências para as inspeções na perspectiva da legislação e dos atos normativos nacionais e apresenta uma análise pormenorizada da Lei 12.847/2013.

V.9.4.c. Colaboração entre a Secretaria Especial de Direitos Humanos e o Conselho Nacional de Justiça

644. A Secretaria Especial de Direitos Humanos atuou em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça, em 2010, com a realização do “Seminário sobre Tortura e Violência no Sistema Criminal”. Nesse evento, os juízes puderam discutir temas como proibição da tortura no Direito Internacional, a atuação do Poder Judiciário frente ao

crime de tortura, estratégias de enfrentamento da violência e tortura no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e perícia em casos de tortura.

645. Nos anos seguintes, SEDH e CNJ aprofundaram as discussões sobre tortura e Poder Judiciário. Destaca-se a aprovação da Resolução nº 49/2014 do CNJ que “dispõe sobre a necessidade de observância, pelos magistrados brasileiros, das normas – princípios e regras – do chamado Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas, e do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, em casos de crime de tortura e dá outras providências”¹³¹.

646. Destaca-se também a aprovação da Resolução nº 213/2015 do CNJ, que regulamentou as audiências de custódia. A SEDH reconheceu as audiências de custódia como uma medida de prevenção e combate à tortura ao conceder o Prêmio de Direitos Humanos ao Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, em 2015. A Resolução nº 213/2015 aprofunda esse entendimento, uma vez que indica procedimentos mínimos a serem adotados pelos juízes nos casos de tortura. Ademais, a resolução, por meio de seu Protocolo II, instrumentaliza as diretrizes do Protocolo de Istambul – Manual para a Investigação e Documentação Efetiva da Tortura e Outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes – para a atuação dos juízes.

647. Em face de tudo quanto foi exposto na presente Seção V.9, o Estado brasileiro pede que essa Honorável Corte rejeite os pedidos formulados nos tópicos XI.C.1.a.(3) do EPAP.

V.10. Da desnecessidade de condenação para fortalecimento do Programa Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos e para determinar a adaptação para inclusão de comunicadores

648. Ressalvado o exposto nas Seções V.2 e V.3 desta manifestação, caso a Corte Interamericana compreenda estarem presentes os pressupostos para que se ordene ao Estado a adoção de medidas de não repetição com vistas à alteração de políticas

¹³¹

Disponível

em:

http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_49_01042014_03042014155230.pdf. Último acesso em 08 de setembro de 2016.

públicas, o Brasil considera desnecessária a condenação em atendimento ao que solicitam os representantes, pelas razões que passa a expor.

649. O Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos (PPDDH) é uma política pública cujo escopo é a estruturação de uma rede de proteção aos defensores dos direitos humanos, incluindo o combate às causas que geram risco à sua atividade. Ele gera o fortalecimento do pacto federativo, por meio da atuação conjunta e articulada de todas as esferas de governo, bem como por meio da articulação com organizações não governamentais, nacionais e internacionais.

650. O PPDDH foi instituído por meio do Decreto Presidencial nº 8.724/2016 e atua conforme disposto no Decreto nº 6.044/07, especificamente em consonância com seus artigos 4º e 6º:

Art. 4º São diretrizes gerais da PNPDDH:

I - fortalecimento do pacto federativo, por meio da atuação conjunta e articulada de todas as esferas de governo na proteção aos defensores dos direitos humanos e na atuação das causas que geram o estado de risco ou vulnerabilidade;

Art. 6º São diretrizes específicas de proteção aos defensores dos direitos humanos no que se refere à responsabilização dos autores das ameaças ou intimidações:

I - cooperação entre os órgãos de segurança pública;

651. As medidas protetivas são articuladas pelo programa para garantir que o defensor permaneça em seu local de atuação e compreendem: visitas ao local de atuação do defensor para análise preliminar do caso e da ameaça; realização de audiências públicas de solução de conflitos; divulgação da atividade do defensor e do programa; articulação com órgãos envolvidos na solução de ameaças; acompanhamento das investigações e denúncias; monitoramento por meio de visitas periódicas ao local de atuação do defensor para verificar a permanência do risco e a situação de ameaça; retirada provisória do defensor do seu local de atuação, em casos excepcionais e emergenciais; articulação com as forças de segurança dos estados para proteção policial em casos de grave risco.

652. No que diz respeito às medidas protetivas, vale destacar que elas abrangem articulação com outros ministérios, órgãos do sistema de justiça e demais órgãos públicos, de fiscalização, de regularização, de titulação das terras, de investigações das ameaças e punição dos responsáveis. Nesse contexto, o PPDDH busca implementar ações eficazes de investigação, prevenção e combate das violações e da impunidade para que os defensores dos direitos humanos possam exercer suas atividades no local de atuação, bem como articular o acesso a outras políticas públicas. O objetivo do programa não está voltado apenas à proteção da vida, da integridade física dos defensores de direitos humanos ou à promoção de suas atividades, mas também e, principalmente, ao combate da origem e das causas estruturais das ameaças.

653. A equipe federal atua em 21 Estados da Federação e no Distrito Federal. A atuação da equipe federal obedece a preceitos e procedimentos metodológicos, bem como diretrizes estabelecidas no Decreto 6044/2007. O pedido de inclusão no programa de proteção pode ser feito por qualquer demandante, inclusive o próprio interessado, e deve ser instruído com informações de contato do defensor ameaçado, relato dos fatos e histórico da atuação, bem como a comprovação da ameaça. O pedido deve ser enviado para a Coordenação-Geral do PPDDH da Secretaria Especial de Direitos Humanos.

654. O processo de avaliação de casos para inclusão no programa passa por duas fases metodológicas, sendo a primeira delas denominada *triagem*, que é a fase inicial de coleta de informações, e a segunda, chamada de *análise*, que tem início após o primeiro atendimento presencial por equipe multidisciplinar, no qual são estabelecidas as estratégias de ação e realizado levantamento aprofundado das informações necessárias à compreensão do caso.

655. Após o cumprimento das fases de avaliação explicitadas, todas as informações são encaminhadas pela equipe federal, na forma de um parecer técnico, para decisão do órgão deliberativo do PPDDH, denominado *Conselho Deliberativo*, ao qual compete decidir sobre a inclusão do requerente nesta política de proteção.

656. É importante esclarecer que todos os casos encaminhados ao PPDDH, ainda que não formalmente incluídos, recebem atendimento da Equipe Técnica, que busca identificar as demandas e realiza todos os encaminhamentos pertinentes.

657. São realizados acompanhamentos remotos e presenciais periódicos, com o intuito de verificar a permanência das contingências que ensejaram a inclusão, bem como identificar novas oportunidades de atuação do programa de proteção.

658. Os casos poderão ser desligados caso esteja evidenciada a significativa redução do risco, a cessação da ameaça, a voluntariedade do acompanhado em encerrar o vínculo com o Programa ou, compulsoriamente, pela quebra de normas estabelecidas no momento da inclusão, que implique em risco adicional à segurança dos protegidos ou dos agentes encarregados pela proteção. O desligamento não impede nova análise se houver novas ameaças.

659. Em relação aos comunicadores e jornalistas, especificamente, o PPDDH atendeu a todos os casos encaminhados. Vale ressaltar que a inclusão destes profissionais atende aos critérios gerais do programa: (i) atuação do defensor ou defensora na promoção e defesa dos direitos humanos; (ii) ameaça deve estar relacionada a sua atuação na promoção e defesa dos direitos humanos.

660. A Equipe Federal do PPDDH atende, atualmente, a um caso de comunicador ameaçado, e outros dois estão em processo de análise. Nos Programas Estaduais de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos, apenas o de Minas Gerais acompanha um caso de comunicador ameaçado. Assim, a demanda de inclusão de comunicadores no programa de proteção representa 0,5% do total dos casos incluídos.

Dados do PPDDH

Defensores incluídos por estado	
Acre	2
Alagoas	3
Amazonas	17
Amapá	0
Bahia*	51
Ceará	17
Distrito Federal	0
Espírito Santo	70
Goiás	1
Maranhão	26
Mato Grosso	10

Mato Grosso do Sul	15
Minas Gerais	34
Pará	53
Paraíba	11
Paraná	5
Pernambuco	33
Piauí	0
Rio de Janeiro	6
Rio Grande do Norte	1
Rio Grande do Sul	10
Rondônia	12
Roraima	2
Santa Catarina	0
São Paulo	7
Sergipe	7
Tocantins	0
Total	393

Área temática de atuação dos defensores

Direito à Terra	28,4%
Povos Indígenas	26,6%
Povos Quilombolas	15,2%
Meio Ambiente	11,7%
Combate à Corrupção	4,0%
Crianças e Adolescentes	2,5%
Moradia	2,0%
Outros	2,0%
Combate à Violência Policial	1,7%
Combate a Grupos de Extermínio	1,5%
Operadores do Sistema de Justiça	1,2%
LGBT	1,0%
Comunicadores	0,5%
População de Rua	0,5%
Combate à Milícia	0,2%
Educação em DH	0,2%
Memória e Verdade	0,2%
Mortos e Desaparecidos	0,2%
Saúde Mental	0,2%
Trabalho Escravo	0,2%
Total	100%

661. Saliente-se, em adição, que o pedido de condenação para aperfeiçoamento do PPDDH é genérico e não permite, portanto, eventual supervisão de cumprimento que seja adequada e sujeita a cronograma específico.

662. Diante do exposto, o Estado entende não ser necessário ou razoável que se acolha o pedido formulado na Seção XI.C.1.d.(1), uma vez que o programa existente já permite a inclusão de comunicadores e que as estatísticas apontadas indicam não ser o caso de adequação do programa em uma linha específica para comunicadores, sem prejuízo da relevância da proteção a esses profissionais e de seu papel de destaque nas democracias.

V.11. Da desnecessidade de condenação para publicização de documentos oficiais

V.11.1. A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011)

663. Em 18 de novembro de 2011, foi promulgada a Lei nº 12.527 (Anexo 13 – Lei nº 12.527/2011), que ficou conhecida como Lei de Acesso à Informação ou simplesmente LAI. Ela representa importante marco normativo pois regula o acesso a informações, direito previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. A lei se aplica aos três Poderes do Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, e a todas as esferas de governo (municipais, estaduais, distrital e federal). Os pedidos apresentados não exigem motivação e podem ser feitos por pessoas jurídicas ou físicas, independente de idade ou de nacionalidade. As informações devem ser prestadas gratuitamente, salvo custos de reprodução.

664. A LAI determina expressamente a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção. Ademais, quanto a condutas que impliquem violação dos direitos humanos, o artigo 21 da LAI estabelece:

Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.

665. Um *site*¹³² é mantido pelo governo federal com uma série de informações sobre a LAI, incluindo acesso a milhares de solicitações que já foram respondidas, guias, manuais e orientações relacionadas à LAI e informações sobre o cumprimento aos dispositivos daquela lei por estados e municípios. Nesse mesmo *site*, consta que denúncias sobre a aplicação da LAI no Poder Executivo Federal devem ser registradas em *site* mantido pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União¹³³.

666. Compreende o Estado brasileiro que esse instrumento deve ser considerado e valorizado. Além disso, como já ressaltado nesta Contestação, as alegações de denegação de acesso a documentos são genéricas, o que torna o problema da prova negativa

(neste caso, prova da inexistência de documentos) ainda mais grave.

V.11.2. Impossibilidade e inadequação de condenação à adoção de medidas adicionais de qualquer natureza para divulgação de documentos

667. As vítimas apresentam pedido para que essa Corte “determine que o Estado assegure que todas as instituições e autoridades estatais sejam obrigadas a cooperar com a submissão de informação e pleno acesso a todos os arquivos e registros que possam conter dados sobre os crimes, os envolvidos e as vítimas” (fl. 131 do EPAP). Ocorre que a LAI, por sua amplitude, torna dispensável tal determinação de medidas adicionais relacionadas à divulgação de documentos, assim como as inúmeras iniciativas de promoção do direito à verdade em âmbito nacional.

668. Ademais, não há indicação de negativa de algum documento específico relacionado ao caso em exame. Ao contrário, no que se refere a presente demanda, os acontecimentos relacionados à morte de Vladimir Herzog restaram esclarecidos, de forma que é inadequada condenação que determine ao Estado a adoção de medidas adicionais para divulgação de documentos. Tal medida extrapolaria os limites da lide, sobretudo por ser uma alegação nova, não analisada pela CIDH.

¹³² <http://www.acessoainformacao.gov.br/>

¹³³ <http://www.cgu.gov.br/denuncias>

669. Em face de tudo quanto foi exposto na presente Seção V.11, o Estado brasileiro pede que essa Honorável Corte rejeite os pedidos formulados no tópico XI.C.1.b.(1) do EPAP.

V.12. Não cabe condenação a adoção de outras iniciativas relativas a medidas administrativas

670. Ressalvado o exposto nas Seções V.2 e V.3 desta manifestação, caso a Corte Interamericana compreenda estarem presentes os pressupostos para que se ordene ao Estado a adoção de medidas de não repetição com vistas à adoção de medidas administrativas, o Brasil considera desnecessária a condenação em atendimento ao que solicitam os representantes, pelas razões que passa a expor.

V.12.1. Da desnecessidade de condenação ao fortalecimento de medidas de proteção a testemunhas

671. Criado pela Lei nº 9.807/99 e regulamentado pelo Decreto nº 3.518/00, o Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas (PROVITA), surge na sociedade civil como estratégia de proteção de pessoas ameaçadas, antes mesmo de o Estado brasileiro apoiar e financiar as ações de proteção.

672. Desponta como demanda para que se tornasse política pública no Segundo Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH II. Com o advento do Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3, em 2009, surge a demanda pelo fortalecimento do PROVITA e dos programas de proteção aos defensores e às crianças e adolescentes ameaçados de morte.

673. O fortalecimento da política pública faz com que a rede de proteção se amplie, por meio de convênios formalizados entre a Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania e os governos estaduais que demonstraram interesse na implementação das ações de proteção em seus territórios. Para o atendimento de testemunhas oriundas de estados onde não existem programas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas instalados, foi colocado à disposição o programa federal.

674. Atualmente, os Estados de Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Pernambuco, Ceará, Maranhão, Pará, Amazonas e Acre, contam com programas de proteção a vítimas e testemunhas instalados e apoiados com recursos federais. Já os demais estados da Federação operam por meio do programa federal, no qual 116 pessoas estão protegidas.

675. Ressalta-se que o modelo de execução das ações de proteção brasileiro é único. Por ser oriundo dos meios populares, o PROVITA se reveste de forte participação da sociedade civil. Após formalizados os convênios entre a Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania e os estados federados, estes por sua vez formalizam termo de cooperação com organizações de sociedade civil, nos moldes do que dispõe a Lei nº 13.019/2014, que versa sobre a relação da sociedade civil com o estado na execução de políticas públicas.

676. Às entidades da sociedade civil inseridas no programa compete executar os termos pactuados nos planos de trabalho, garantindo a aplicação dos recursos ao funcionamento do programa destinado. Ademais, são as entidades ou equipes técnicas que acompanham os casos, que conhecem as testemunhas e seus locais de proteção. O único modelo que foge à regra de cooperação com a sociedade civil é o Programa de Proteção do Estado do Rio Grande do Sul, que é executado por forças policiais.

677. Conforme disposto na legislação pertinente, os programas de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas funcionam com a participação de Conselhos Deliberativos, os quais apreciam o ingresso, exclusão e estada de testemunhas no programa, por meio de pareceres que apontam opinião técnica para subsidiar a decisão do Conselho. Vale salientar que tais pareceres não vinculam as decisões dos conselheiros.

678. Em sua maioria, os Conselhos Deliberativos são formados por autoridades do Poder Executivo local, Poder Judiciário e membros dos Ministérios Públicos Estadual e Federal. Sua diversa e rica composição traz aos Conselhos uma série de expertises e encaminhamentos para que as melhores decisões acerca dos casos sejam tomadas, sem prejuízos ao programa e ao próprio usuário.

679. Ressalta-se que qualquer pessoa pode solicitar seu ingresso no PROVITA, incluindo o próprio interessado. No entanto, toda e qualquer inclusão deve ser

acompanhada de parecer de membro do Ministério Público, informando ao programa a importância do testemunho e que tal pessoa é de fato arrolada em processo criminal.

680. O orçamento anual do PROVITA gira em torno de 14 milhões de reais em recursos da União e cerca de 9 milhões em recursos estaduais oferecidos em contrapartida nos convênios. O Programa do Estado do Rio de Janeiro e o Programa Federal dependem inteiramente dos repasses da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania por serem relações formalizadas diretamente com as organizações da sociedade civil.

681. Em face do exposto, o Estado brasileiro pede que essa Honorável Corte rejeite o pedido formulado no tópico XI.C.1.a.(3) do EPAP.

V.12.2. Não há relação entre a pretensa reparação de responsabilização de agentes por suposto ilícito de destruição de documentos oficiais e de reconstituição de documentos e o presente caso

682. Já se expôs acima que a alegada ocultação de arquivos militares não está inserida nos limites deste caso, seja porque não está entre os fatos submetidos à Corte pela CIDH, seja porque, em relação a Vladimir Herzog, as circunstâncias de sua morte restaram esclarecidas. Em razão disso, não há relação da pretensa reconstituição e da responsabilização de agentes por suposto ilícito de destruição de documentos oficiais com o presente caso.

683. Ademais, conforme exposto na Seção IV.6, já houve instauração de procedimento investigatório, no âmbito das Forças Armadas, com a finalidade de apurar irregularidade na destruição de documentos públicos do período de 1964 a 1990. O Estado concluiu que os procedimentos de destruição de documentos conduzidos no âmbito das Forças Armadas estavam em consonância com a legislação vigente à época, não se vislumbrando irregularidades.

684. Quanto à requerida reconstituição de documentos, o Estado registra que a medida solicitada não é factível, em especial por não haver uma especificação de quais seriam esses documentos e pelo decurso de tempo considerável.

685. Em face do exposto, o Estado brasileiro pede que essa Honorável Corte rejeite os pedidos formulados no tópico XI.C.1.b.(1) do EPAP.

V.12.3. Da desnecessidade de condenação para publicação da sentença em jornais de grande circulação

686. O Estado brasileiro reconhece a relevância da publicação das sentenças dessa Honorável Corte. Exatamente por isso, mantém no *site* da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania¹³⁴ não apenas o inteiro teor das sentenças proferidas nos Casos *Sétimo Garibaldi e Gomes Lund e outros vs. Brasil*, como também os sete volumes da coleção “Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, lançada em outubro de 2014.

687. Assim, mostra-se desnecessária condenação para que se divulgue a sentença que será proferida neste caso, ainda que eventualmente condenatória, pois o Estado se compromete a fazê-lo nos moldes acima.

688. Todavia, quanto ao pedido formulado pelas vítimas de publicação de capítulos e da parte resolutiva da sentença de mérito em dois jornais de circulação nacional, o Estado observa, de um lado, que essa publicação é bastante onerosa. Por outro lado, registra que, nos dias de hoje, a *internet* e as redes sociais são meios de divulgação de amplo alcance e de custos significativamente menores. Logo, o mesmo fim desejado com a publicação em jornais de circulação nacional pode ser alcançado – e talvez de forma até mais eficaz – com a publicação da sentença em páginas oficiais na internet e com a divulgação dessa publicação nas redes sociais dos órgãos governamentais. Não é razoável, portanto, que se determine ao Estado medida significativamente onerosa – a publicação em jornais de circulação nacional – se há outro meio menos oneroso, que possibilita atingir a ampla repercussão pública da sentença.

689. Diante disso, o Estado solicita a essa Honorável Corte que, em homenagem à razoabilidade, indefira esse pedido das vítimas formulado no tópico XI.C.1.b.(3) do EPAP.

V.12.4. Seria desnecessária condenação a pedido de desculpas nos termos requeridos pelo EPAP

¹³⁴ Ver: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana>

690. A respeito do pedido formulado pelas vítimas na Seção XI.C.1.b.(2) do EPAP, destaca-se que já no início da presente manifestação o Estado reconhece sua responsabilidade pela prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog.

691. Entende o Estado que devem ser privilegiados os esforços que já tem promovido com vistas à satisfação moral dos familiares da vítima. Em 15 de março de 2013, por exemplo, a nova certidão de óbito de Vladimir Herzog foi entregue durante ato público da 68ª Caravana da Anistia, organizada pelo Ministério da Justiça e Cidadania, na Universidade de São Paulo, com a presença do então presidente daquela comissão, Paulo Abrão. Na mesma ocasião, foi dada a declaração de anistia política *post mortem* ao estudante Alexandre Vannucchi Leme e foi feito um pedido oficial de desculpas do Estado à família¹³⁵.

692. Ademais, considerando a limitação temporal da competência dessa Ilustre Corte, não se verifica a possibilidade de acolhimento do pedido formulado pelas vítimas para que “esta Honorável Corte determine que o Estado brasileiro promova um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e pedido oficial de desculpas das Forças Armadas pela prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog” (EPAP, fl. 132), uma vez que esses fatos são anteriores a 1998.

693. Diante disso, o Estado solicita a essa Ilustre Corte que, em razão de sua competência temporal, indefira o pedido das vítimas formulado no tópico XI.1.b.(2). *Ad argumentandum tantum*, caso se entenda de forma distinta, que seja observada a relação com fatos posteriores a 1998 e que seja conferida ao Estado margem para estabelecer a forma de cumprimento.

V.12.5. Condenação para criação do “Museu da Imprensa Vladimir Herzog” violaria a margem nacional de apreciação de políticas de memória e verdade

¹³⁵ Estado concede anistia política a aluno da USP morto pela ditadura. *Boletim da USP*. Ano: 46. Edição n. 2. São Paulo: 5 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.usp.br/aun/exibir?id=5004&ed=884>: “Após leitura do relatório e votos relativos ao requerimento formulado por Maria Cristina Vannucchi Leme, pleiteando a declaração de anistiado político *post-mortem* de seu irmão Alexandre, Paulo Abrão, presidente da Comissão de Anistia declarou: ‘Nesse dia 15 de março de 2013, a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça por unanimidade declara Alexandre Vannucchi Leme anistiado político brasileiro’. E, dirigindo-se à família do ex-aluno da geologia, completou: ‘Pedimos desculpas públicas e oficiais pelos erros que o Estado cometeu contra ele, contra toda família, seus amigos e à causa da justiça social no Brasil’.”

694. Requerem os representantes que o Estado seja condenado a conceder um terreno na cidade de São Paulo, em local que conte com a anuência da família de Herzog, para a construção de um museu. Ao Estado, a condenação não parece ser necessária.

695. Não é necessária, pois o Estado brasileiro já vem trabalhando de forma contínua e crescente na promoção de políticas de memória e verdade, conforme exposto acima, na Seção V.8. Isso significa que já existem iniciativas internas que devem ser valorizadas. Entre essas medidas, estão a Comissão Nacional da Verdade, que, mesmo após encerrados os trabalhos, mantém *site* na internet com uma enorme quantidade de documentos à disposição da população, e o Memorial da Anistia Política do Brasil, em fase de implantação e que tem como objetivo construir um espaço de memória e consciência política destinado a preservar o legado e o acervo da Comissão de Anistia, bem como a servir de instrumento simbólico de reparação moral e coletiva às pessoas que tiveram seus direitos violados.

696. Além dessas medidas, cita-se iniciativa do Governo do Estado de São Paulo que guarda pertinência com o pedido formulado no EPAP, o Memorial da Resistência de São Paulo, que é “uma instituição dedicada à preservação de referências das memórias da resistência e da repressão políticas do Brasil republicano (1889 à atualidade) por meio da musealização de parte do edifício que foi sede, durante o período de 1940 a 1983, do Departamento Estadual de Ordem Política e Social de São Paulo – Deops/SP”¹³⁶.

697. Diante disso, o Estado solicita a essa Honrável Corte que, em homenagem à razoabilidade, indefira o pedido das vítimas formulado no tópico XI.C.1.c.(1) do EPAP. *Ad argumentandum tantum*, caso se entenda de forma distinta, que seja conferida ao Estado margem para estabelecer a forma de cumprimento, sem condicionamento à vontade de apenas uma das partes.

V.13. Seria inadequada condenação a reembolso de custas e honorários advocatícios nos valores sugeridas pelas vítimas

¹³⁶ <http://www.memorialdaresistencia.org.br/memorial/default.aspx?mn=4&c=83&s=0>

698. O Estado brasileiro solicita a essa Honorável Corte que, ao analisar o pedido de reembolso de custas e honorários advocatícios dos representantes, leve em consideração os parâmetros geralmente aplicados em sua jurisprudência, considerando a título de custas somente os montantes razoáveis e devidamente comprovados e necessários para a atuação dos representantes ante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹³⁷. Dessa forma, o Estado solicita que se leve em conta o valor demandado, a documentação de suporte, a relação direta das demandas com o caso concreto e as circunstâncias do caso¹³⁸.

699. Compreende-se, ademais, que o reembolso de custas e o pagamento de honorários em favor dos advogados que atuam na causa em representação a supostas vítimas decorre necessariamente de sentenças em que se reconhece a responsabilidade do Estado. Nesse sentido, se a Corte IDH vier a considerar que o Estado brasileiro não incorreu em responsabilidade internacional, solicita-se que não haja condenação ao pagamento de nenhum valor a título de custas e honorários, pois tal obrigação deve decorrer da sucumbência do Estado necessariamente, o que se comprova a partir da análise de casos arquivados pela Corte IDH sem a responsabilização do Estado¹³⁹. Requer-se ainda que, não sendo acatados *in totum* os pedidos formulados no EPAP, seja reconhecida a sucumbência recíproca, o que tem influência direta no reembolso de custas e no pagamento de honorários.

700. O Estado brasileiro nota, particularmente, que eventual sucumbência estatal, se bem deve implicar o reembolso de custas decorrentes da atuação no caso, não deve originar semelhante ressarcimento de honorários ou salários pagos a advogados e outros funcionários que trabalham para os representantes das vítimas. Quanto ao pagamento de honorários, o Estado brasileiro entende que compete a essa Corte fixar os valores à base do trabalho realizado em favor das vítimas, e não à base de contratos celebrados entre tais advogados e organização da sociedade civil que representa as vítimas, como no presente caso. Como não há qualquer parâmetro prévio para a fixação dos valores

¹³⁷ Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra Vs. Equador*. Sentença de 19 de maio de 2011 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas). Série C, nº. 226. par. 144.

¹³⁸ Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*. Sentença de 25 de maio de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Série C, Nº. 212. par. 288.

¹³⁹ Corte IDH. *Caso Grande Vs. Argentina*. Sentença de 31 de agosto de 2011 (Exceções Preliminares e Mérito) Série C, Nº. 231; Corte IDH. *Caso Nogueira de Carvalho e outro Vs. Brasil*. Sentença de 28 de novembro de 2006 (Exceções Preliminares e Mérito). Série C, Nº. 161.

salariais entre esses agentes, não deve o Estado sofrer imputação quanto a qualquer pagamento baseado nestes valores.

701. Ainda assim, nota-se que o pedido de reembolso de custas referente aos gastos com honorários está baseado em percentuais que são meras estimativas, impossíveis de serem devidamente comprovadas pela documentação de suporte apresentada nos anexos ao EPAP, o que espera seja levado em consideração pela Corte Interamericana.

702. Em vista dos argumentos expendidos, entende o Estado que a eventual fixação de custas deve ser realizada com base na equidade e segundo os parâmetros comumente aplicados por essa Corte.

VI. PEDIDOS

703. O Estado brasileiro, em conclusão, entende que as diversas exceções preliminares apontadas ao longo desta Contestação impedem que essa Honorable Corte exerça julgamento de mérito sobre o caso.

704. Em razão disso, o Estado brasileiro solicita a essa Honorable Corte que reconheça haver no presente caso, pelos fundamentos anteriormente expostos:

- a) incompetência *ratione temporis* quanto aos fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição dessa Corte para analisar supostas violações à CADH;
- b) incompetência *ratione temporis* quanto aos fatos anteriores à adesão à CADH pelo Estado brasileiro;
- c) incompetência *ratione materiae* para analisar supostas violações aos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura;
- d) incompetência *ratione temporis* quanto aos fatos anteriores à ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura;

e) inobservância do prazo de submissão de petição junto à CIDH quanto às supostas violações aos arts. 8.1 e 25 da CADH e ao art. 8º da CIPPT;

f) não interposição de recursos internos para obtenção de reparação pecuniária por supostas violações aos arts. 8º e 25 da CADH e reparações de qualquer natureza quanto à violação do art. 5.1 da CADH;

g) incompetência *ratione materiae* para revisão de decisões internas quanto às supostas violações dos arts. 8º e 25 da CADH;

h) incompetência *ratione materiae* para análise de fatos distintos daqueles submetidos pela CIDH.

705. Requer, ainda, que seja reconhecida a inconveniência da decisão da CIDH de publicar seu relatório preliminar de mérito e submeter o caso a essa Corte.

706. Na remota hipótese de essa Corte compreender ser possível a superação de todas as exceções preliminares indicadas acima, para adentrar à análise de mérito do presente caso, o Estado brasileiro, com base em todos os fundamentos de fato e de direito anteriormente apontados, solicita a essa Honorável Corte julgamento pela improcedência de todos os pedidos apresentados no EPAP.

707. O Estado brasileiro solicita em especial que essa Honorável Corte reconheça que:

a) não houve violação ao dever de garantia dos artigos 5º e 13 da CADH, em relação com os artigos 1.1, 8º e 25 do mesmo instrumento, bem como dos artigos 1º, 6º e 8º da CIPPT, em prejuízo de Vladimir Herzog;

b) não houve violação ao artigo 8.1 da CADH e da CIPPT;

c) não houve violação ao artigo 25 da CADH;

d) não houve violação aos artigos 5º, 8º, 13 e 24 da CADH por suposta inobservância do direito à verdade; e

e) não houve violação ao artigo 5º da CADH com relação ao artigo 1.1 por suposta denegação da verdade e ausência de persecução penal.

708. O Estado brasileiro reconhece a responsabilidade de seus agentes pela violação ao artigo 5º da CADH em relação aos familiares de Vladimir Herzog, em face de sua prisão arbitrária, tortura e morte.

709. Na remota hipótese de essa Honorável Corte condenar o Estado brasileiro por violação de outros direitos, sujeitos à sua jurisdição, considera-se que as medidas de reparação solicitadas pelos representantes das vítimas devem ser indeferidas.

710. O Estado brasileiro solicita a essa Colenda Corte, em especial, que reconheça haver inadequação e desproporcionalidade em relação à determinação das seguintes medidas, nos termos apresentados no EPAP:

- a) pagamento de valores a título de indenização por danos materiais e morais, relativos a Vladimir Herzog, adicionais àqueles já pagos no âmbito interno;
- b) prolação de decisões judiciais relativas à apuração criminal dos fatos objeto deste caso ou de outros;
- c) reformas legislativas relativas à carreira de perito e à imprescritibilidade do crime de tortura;
- d) adoção de medidas de combate à impunidade nos crimes de tortura;
- e) publicização de documentos oficiais;
- f) responsabilização de agentes por suposto ilícito de destruição de documentos oficiais;
- g) publicação da sentença em jornais de grande circulação nacional;
- h) realização de ato de pedido de desculpas nos termos formulados no EPAP; e
- i) cessão de terreno para criação de museu.

711. Por fim, o Estado pede que seja rejeitado o pedido de condenação para reembolso de custas e honorários nos valores sugeridos no EPAP.

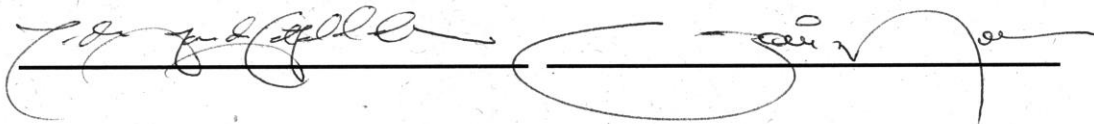
712. O Estado brasileiro aproveita esta oportunidade para reafirmar seu compromisso com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, de modo especial, com essa Honorável Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Brasília/DF, 14 de novembro de 2016.

Fernando Jacques de Magalhães Pimenta
Embaixador do Brasil na Costa Rica

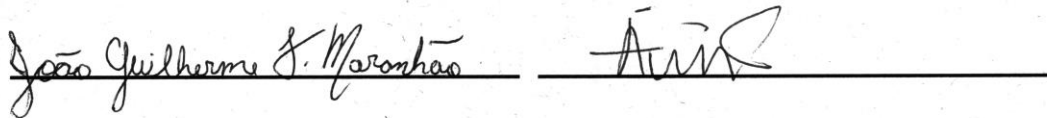
Pedro Marcos de Castro Saldanha
Ministério das Relações Exteriores

Boni de Moraes Soares
Advocacia-Geral da União



João Guilherme Fernandes Maranhão
Ministério das Relações Exteriores

Andrea Vergara da Silva
Advocacia-Geral da União



VII. PROVAS

Prova Pericial

Alberto Zacharias Toron: Advogado Criminalista desde 1982. Mestre e Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra, Portugal. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca, Espanha (Anexo 14 – Currículo Alberto Zacharias Toron). Declarará sobre as garantias da prescrição, coisa julgada e irretroatividade da lei penal mais severa como limites à atuação do Estado; a compatibilidade dessas garantias com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; a impossibilidade de estabelecer a imprescritibilidade de um crime no âmbito doméstico a partir do Estatuto de Roma ou do costume; e a impossibilidade de estabelecer a imprescritibilidade para um crime pretérito.

Dimitrios Dimoulis: Bacharel em Direito pela Universidade Nacional de Atenas. Mestrado em Direito público pela Univ. Paris-I (Panthéon-Sorbonne). Doutorado em Direito pela Univ. Saarland. Pós-doutorado pela mesma Universidade. Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - FGV (Graduação e Mestrado). Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. (Anexo 15 – Currículo Dimitrios Dimoulis). Declarará sobre as consequências da mudança do modelo de justiça transicional no Brasil; os problemas da incorporação da responsabilização penal como elemento central do modelo de justiça de transição; e o direito à verdade, sua juridicidade e desafios.

Maria Auxiliadora Minahim. Professora titular de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia, mestre e doutora pela UFRJ, doutora pela Universidade Federal do Paraná (Anexo 16 – Currículo Maria Auxiliadora Minahim). Declarará sobre as garantias da prescrição, coisa julgada e irretroatividade da lei penal mais severa como limites à atuação do Estado; a compatibilidade dessas garantias com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o princípio da reserva legal em matéria penal à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; a impossibilidade de retroação da lei penal mais gravosa mesmo para atos de tortura; e a vedação da aplicação retroativa da Lei nº 9.455/1997.

VIII. LISTA DE ANEXOS

Anexo 1 – Cópia da promoção de arquivamento das peças de informação nº 2008.61.81.013434-2

Anexo 2 – Cópia dos autos da Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5

Anexo 3 – Páginas destinadas a Vladimir Herzog no livro *Direito à memória e à verdade*

Anexo 4 – Relatório da CNV, Volumes I, II e II

Anexo 5 – Lei nº. 9.140, de 4 de dezembro de 1995

Anexo 6 – Cópia do Extrato da Ata da 6ª Reunião Ordinária da Comissão Especial de Desaparecidos Políticos, publicado no Diário Oficial de 11 de abril de 1996

Anexo 7 – Decreto nº 2.255, de 16 de junho de 1997

Anexo 8 – Cópia da certidão de óbito de Vladimir Herzog, retificada

Anexo 9 – Cópia da sentença proferida nos autos do processo nº 0046690-64.2012.8.26.0100

Anexo 10 – Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no HC nº 131.798-3/2

Anexo 11 – Cópia do Aviso nº 195/MD

Anexo 12 – Cópia dos Editais da ESMPU de 2009 a 2016

Anexo 13 – Lei nº 12.527/2011

Anexo 14 – Currículo de Alberto Zacharias Toron

Anexo 15 – Currículo de Dimitrios Dimoulis

Anexo 16 – Currículo de Maria Auxiliadora Minahim